Die rechtliche Bedeutung der Fakturaklauseln.

Inaugural-Dissertation

der

juristischen Fakultät

der

K.B. Friedrich-Alexanders-Universität Erlangen

vorgelegt von

Franz Meußdoerffer

aus Kulmbach.

ACAD. LUGD BAT. BIBL

Approbiert am 4. Juni 1908.

Erlangen.

K. B. Hof- und Univ.-Buchdruckerei von Junge & Sohn.

1908.

222

Referent: Herr Professor Dr. Sehling.

Meinen lieben Eltern!

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41542703_0075

Inhalt.

Seite

§ 1. Einleitung: Begriff und Arten der Faktura; Fakturaklauseln; die wichtigsten Fakturaklauseln; Disposition . 1

§ 2. Die stillschweigende Willenserklärung; Theorien über dieselbe; der legale Begriff der Willenserklärung; Rechtswirkungen kraft Gesetzes; Willensgeschäfte; Vertragsannahme nach § 151 B.G.B.; Ausdrückliche und stillschweigende Willenserklärung; Bedeutung des Schweigens 7

§ 3. Bedeutung der Fakturaklauseln für den Aussteller der Faktura; Einfluß des Irrtums; Bindung an die Angaben in der Faktura 18

§ 4. Bedeutung der Klauseln für den Empfänger; Anerkennung der Faktura; Bestätigungsschreiben 27

§ 5. Fakturenvermerke, welche eine Ergänzung des Vertrages bezwecken 32

§ 6. Vermerke über die Emballage 34

§ 7. Vermerke, welche den Vertrag ändern sollen; ältere Theorie in Deutschland, Oesterreich, Frankreich, Italien; Reichsoberhandelsgericht; Begründung der Ansicht des Reichsoberhandelsgerichts; Jetziger Rechtszustand; Vermerke:

a) über den Erfüllungsort,

b) über Zahlungsmodalitäten,

c) über Reklamationsbefugnisse,

d) über Emballage 39

§ 8. Vermerke bei unbestellter Ware; Vermerke bei Mehrsendung; Teilbarkeit und Unteilbarkeit der Sendung; § 378 H.G.B.; § 378 Halbsatz 2; Hanausek; Vermerk bei gleicher Art und Qualität der zuvielgesendeten Ware; Schluss 56

Literatur-Verzeichnis.

Apt: Gutachten der Ältesten der Kaufmannschaft von Berlin über Gebräuche im Handelsverkehr. 1907.

Binder: Rechtstellung des Erben. 1901.

Cosack: Lehrbuch des Handelsrechts. 5. Aufl. 1900.

Crome: System des bürgerlichen Rechts. 1900.

Danz: Auslegung. 2. Aufl. 1906.

Dernburg: Pandekten. 5. Aufl. 1896.

— Die allgemeinen Lehren des bürgerlichen Rechts des Deutschen Reiches und Preußens. 1902.

— Die Schuldverhältnisse nach dem Rechte des Deutschen Reiches und Preußens. 1899.

Düringer-Hachenburg: Das Handelsgesetzbuch. 1901.

Ehrlich: Die stillschweigende Willenserklärung. 1893. (Wo nicht anders bemerkt, ist diese Schrift zitiert.)

— Fakturenbeisätze in den „Juristischen Blättern". 1887. Nr. 31—33.

F. Endemann: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 8. Aufl. 1903.

W. Endemann: Handbuch des Handels- und Wechselrechts. 1881.

Enneccerus-Lehmann: Das bürgerliche Recht. 1898.

Eltzbacher: Handlungsfähigkeit. 1903.

Gareis-Fuchsberger: Das allgemeine deutsche Handelsgesetzbuch. 1891.

Goldmann: Das Handelsgesetzbuch. 1906.

Goldschmidt: Handbuch des Handelsrechts. 2. Aufl. 1875 83.

Hanausek: Faktura und Fakturaklauseln nach österreichischem Recht. 1891. (Wo nicht anders bemerkt, ist diese Schrift zitiert.)

— Haftung des Verkäufers. 1883.

Hartmann: Werk und Wille im Archiv für zivilistische Praxis. Bd. 72.
Hellmann: Zur Lehre von der Willenserklärung nach bürgerl. Recht im Archiv für zivilistische Praxis. Bd. 93. 1902.
Köhler: Die stillschweigende Willenserklärung. (Jenaer Diss.) 1903.
Lehmann: Lehrbuch des Handelsrechts. 1908.
Leonhardt: Irrtum. 1. Aufl. 1882.
— Erfüllungsort und Schuldort. 1907.
Manigk: Willenserklärung und Willensgeschäft. 1907.
Makower: Handelsgesetzbuch. 12. Aufl. 1907.
Mittermaier: Deutsches Privatrecht. 6. Aufl. 1842.
Örtmann: Das Recht der Schuldverhältnisse. 2. Aufl. 1906.
— Bürgerl. Gesetzbuch: Allgemeiner Teil, Bd. I. 1908.
— Zur Lehre vom Erfüllungsort in Seufferts Blätter für Rechtsanwendung. 1908. Nr. 9.
Plank: Bürgerl. Gesetzbuch. 3. Aufl. 1903.
Riesenfeld: Gutachten der Handelskammer zu Breslau über Gewohnheiten und Gebräuche im Handelsverkehr. 1900.
Rümelin: Das Handeln im fremden Namen im Archiv für zivilistische Praxis. Bd. 93. 1902.
Savigny: System des römischen Rechts. 1840.
Schlossmann: Vertrag. 1876.
Sraffa: L'accetazione delle fatture et il silenzio in der Rivista di diretto commerciale, industriale et maritimo. 1903. S. 27 ff.
Staub: Kommentar zum Handelsgesetzbuch. 8. Aufl. 1906.
Thaller: Traité élementaire de droit commercial. 2. Aufl. 1900.
Wedemeyer: Der Abschluß des obligatorischen Vertrages durch Erfüllungs- und Aneignungshandlungen. 1904.
Wendt: Unterlassungen und Versäumnisse im Archiv für zivilistische Praxis. Bd. 92. 1902.
Windscheid-Kipp: Lehrbuch des Pandektenrechts. 9. Aufl. 1906.

Zeitschriften:

Archiv für deutsches Wechselrecht.
Bolze: Die Praxis des Reichsgerichts in Zivilsachen.
Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts.
Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.
Holdheims Monatsschrift.

Juristische Wochenschrift.
Recht.
Rechtsprechung der Oberlandesgerichte.
Sächsisches Archiv.
Seufferts Archiv.
Seufferts Blätter für Rechtsanwendung.
Warnegers Jahrbuch der Entscheidungen.
Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht.

Die rechtliche Bedeutung der Fakturaklauseln.

§ 1.

Zu den Urkunden, deren Gebrauch im kaufmännischen Verkehr allgemein verbreitet und überaus häufig ist, zählt die Faktura, auch Rechnung, Nota genannt. Es sind dies Rechnungsaufstellungen über den wesentlichen Inhalt von Kaufgeschäften, namentlich solchen, die im Distanzhandel geschlossen sind, und aus denen erhellt, welche Ware der Käufer zu liefern hat oder liefert[1]). Sie ist ein Lieferungspapier, das die Ware als Gegenstand eines auf Lieferung gerichteten Rechtsgeschäftes zwischen Aussteller und Nehmer der Urkunde bezeichnet[2]). Dingliche Wirkung vermag die Übersendung der Faktura allein nicht zu äußern[3]); der Käufer wird dadurch allein, daß er die Faktura erhält, nicht Eigentümer der Ware.

[1]) Endemann: Handbuch des Handels- und Wechselrechts II, § 170, III c, S. 43; Goldschmidt: Handbuch des Handelsrechts S. 787 ff.; Ehrlich: Fakturabeisätze in Jur. Bl. 1887, S. 365; Mittermaier: Deutsches Privatrecht II, § 565, III, S. 767.

[2]) Goldschmidt: a. a. O. S. 787 ff.; Endemann a. a. O.

[3]) Hanausek: Faktura und Fakturaklauseln nach österreichischem Recht S. 14; Goldschmidt: a. a. O. S. 791; a. M. Fick in Archiv für Wechselrecht VIII, S. 96; Stern in Archiv für Wechselrecht VII, S. 32; Lehmann: Lehrbuch des Handelsrechts: § 119, 4 b, S. 533.

Nur in wenigen Fällen ist es denkbar, daß die Faktura dingliche Wirkungen hervorzurufen in der Lage ist. Wird z. B. bei dem Vertragsabschlusse vereinbart, der Verkäufer solle die Ware bis auf weitere Ordre des Käufers auf Lager nehmen, so kann der mittelbare Besitz und das Eigentum in der Weise auf den Käufer übergehen, daß der Verkäufer dem Käufer in der Faktura Mitteilung von der Aussonderung und der Einlagerung macht und der Käufer sich damit einverstanden erklärt[1]).

In der weitaus vorwiegenden Zahl der Fälle wird die Faktura über Waren ausgestellt, die auf Grund eines bereits geschlossenen Kaufvertrages zu liefern sind[2]). Hier enthält die Faktura als wesentlichen Bestandteil die Mitteilung des Verkäufers, daß die Ware abgesendet oder mindestens zur Verfügung des Käufers ausgesondert sei, sowie eine genaue Preisberechnung; häufig wird auch erst in der Faktura zum Ausdruck gebracht, daß der Verkäufer den Vertragsantrag des Käufers annehme und somit vertritt die Faktura die Stelle einer anderweitigen Annahmeerklärung.

Nicht selten stellt ein Kaufmann auch bei Übersendung unbestellter Ware dem Empfänger über die Ware eine Faktura aus; diese ist dann als Offerte anzusehen und hat als Grundlage des erst zu schließenden Vertrages zu gelten[3]).

Daneben ist noch als dritte Art die sogenannte Konsignationsfaktura zu erwähnen, eine Rechnung, welche der Verkaufskommittent seinem Verkaufskommis-

---

[1]) R.G. v. 7. II. 1894 in Bolze XVIII, Nr. 445, S. 265; vgl. auch: Lehmann: a. a. O. § 120, 2, S. 536.

[2]) Hanausek: a. a. O. S. 1.

[3]) Vgl. Ehrlich: a. a. O. S. 365.

sionär über das Konsignationsgut ausstellt und in der er nicht nur das Preislimit für die Ware angibt, sondern auch die andern Verkaufsmodalitäten wie Erfüllungsort, Erfüllungszeit, Tragung der Transport- und Versicherungsspesen, dem Verkaufskommissionär vorschreibt[1]).

Wie aus dem Gesagten hervorgeht, ist die Faktura ihrem eigentlichen Wesen nach eine kaufmännische Korrespondenz, die sich von anderen kaufmännischen Korrespondenzen nur durch ihren Anlaß, nämlich der Lieferung von Waren, und durch ihren wesentlichen Inhalt (sie enthält immer eine die Lieferung betreffende Rechnung) unterscheidet[2]). Es genügt also vollständig dem Zweck der Faktura, wenn sie außer der Mitteilung von der Absendung der Ware nur die Preisberechnung enthält, wozu wie bei jedem kaufmännischen Schreiben das Datum der Ausstellnng, die Adresse und die Unterschrift des Ausstellers treten[3]).

In dieser einfachsten Form dürfte sich die Faktura jedoch nur im Ortsverkehr, im Detailhandel finden[4]); dort, wo die Faktura ihre größte Bedeutung erlangt hat, im Distanzhandel, werden in der Regel die sämtlichen Vertragsbestimmungen, kurz zusammengefaßt, in der Faktura aufgenommen. So finden sich neben Angaben, welche sich auf die Erfüllung beziehen, auch Vermerke, welche den Inhalt des Vertrags wieder-

---

[1]) Goldschmidt: a. a. O. S. 788 Anm. 3.

[2]) Vgl. Ehrlich: Die stillschweigende Willenserklärung S. 278; Sraffa: l'accetazione delle fatture e il silenzio in der Rivista di diretto commerciale, industriale e maritimo I, S. 29; R.O.H.G. I, S. 85; I, S. 122; V, S. 32; VI, S. 165; XVII, S. 269.

[3]) Mittermaier: a. a. O. II, § 565, III, S. 767.

[4]) Hanausek: a. a. O. S. 2.

geben. Soweit sich nun der rechtsgeschäftliche Inhalt der Faktura mit dem Inhalt des geschlossenen Vertrages deckt, läßt sich gegen einen derartigen Gebrauch nichts einwenden; anders liegt die Sache, wenn Vertrag und Faktureninhalt sich widersprechen. In der Tat ist es außerordentlich häufig, daß der Verkäufer die Faktura dazu benützt, um darauf, meist in vorgedruckten Klauseln, dem Käufer die bei ihm üblichen Verkaufsbedingungen mitzuteilen zu dem Zwecke, dieselben auf diese Weise auch für den Gegenkontrahenten verbindlich zu machen. Zu diesen Klauseln gehören hauptsächlich:

a) Die einseitige Festsetzung des Erfüllungsortes, ausgedrückt in den Klauseln wie: „Erfüllungsort N"; „Erfüllung bei mir" und ähnlichen; auch durch die Klausel „Zahlbar in N" wird versucht, den eigenen Wohnsitz zum Erfüllungsort zu machen und damit einen günstigen Gerichtsstand zu schaffen[1]).

In fast allen österreichischen Fakturen, findet sich entsprechend § 88 der Jurisdiktionsnorm der Vermerk: „Zahlbar und klagbar in X".

b) Die Bestimmung von Zahlungszeit und Zahlungsmodalitäten; zu den Vermerken über Zahlungszeit gehören „Netto Kassa" „Ziel 4 Monate" „Zahlbar per ultimo dieses Monats" „Zahlbar 4 Wochen nach Ausstellung der Faktura" etc.; zu den Klauseln über Zahlungsmodalitäten zählen „per comptant mit 3 % Skonto", „Gegen meine 3 Monatstratte", „Betrag wird per Tratte erhoben", „Zahlbar durch Reichsbanküberweisung", „Bei Rimessen auf Nebenplätze übernehme ich keine Ver-

[1]) O.L.G. Hamburg v. 26. V. 1880 in der Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht 26, S. 556. Vgl. auch Leonhardt: Erfüllungsort und Schuldort, S. 76—85 auch Örtmann: Zur Lehre vom Leistungsort in Seufferts Bl. für Rechtsanwendung 1908, S. 395.

antwortung wegen Verspätung oder Protest", „Meine Reisenden sind zum Empfang der Zahlung nicht befugt" etc.

c) Die Einschränkung oder Erweiterung der Reklamationsbefugnisse des Käufers z. B. „Reklamationen können nur innerhalb der Frist von 14 Tagen nach Empfang (nach Abgang) berücksichtigt werden", „Später als 14 Tage nach Erhalt werden Reklamationen nicht mehr berücksichtigt", „Reklamationen werden nur sogleich nach Erhalt der Ware, wenn selbst gewählt, überhaupt nicht berücksichtigt," „Retourwaren werden ohne vorherige Genehmigung nicht angenommen"[1]), „Selbstgewählte Ware wird nicht zurückgenommen" etc.

d) Die sogenannte Emballageklausel, d. h. die Bestimmung, daß entweder für die Verpackung im Falle des Behaltens der Käufer eine bestimmte Summe zu zahlen habe oder daß für die Dauer des Besitzes der Verkäufer eine Mietgebühr zu beanspruchen habe z. B. „Säcke 14 Tage leihfrei; dann $^1/_4$ Pfg. per Tag und Stück Leihgebühr", „Im Falle Behaltens ist für die Verpackung der Preis von 4 Mk. per Kiste zu entrichten"[2]).

Außerdem finden sich Vermerke, die der Verkäufer in Ausübung seiner Verkäuferrechte in Faktura aufgenommen hat. Dahin zählt die Festsetzung des Preises, wenn derselbe beim Vertragsabschluß nicht ausdrücklich vereinbart war. Dagegen stellen die unter a)—c), teilweise auch unter d) angegebenen Vermerke häufig eine willkürliche Abweichung vom Kaufvertrage dar.

[1]) R.O.H.G. VI, S. 77.

[2]) Vgl. Hanausek: a. a. O. S. 6ff.; Anm. 7—25 zu § 2.

Andere als diese Vermerke werden wohl kaum einseitig vom Verkäufer in die Faktura aufgenommen werden. Die meisten Kaufklauseln, die hier noch in Betracht kommen könnten [1]), sind von so einschneidender Bedeutung für den ganzen Kaufvertrag, daß, selbst wenn sie von einem gewissenlosen Verkäufer aufgenommen sein sollten, der Käufer sich energisch dagegen verwahren würde. Im übrigen gilt natürlich für diese Klauseln noch in höherem Maße, was über die oben genannten, in wirtschaftlicher Beziehung doch verhältnismäßig geringfügigen Vermerke zu sagen ist.

Es entsteht nun die Frage, welche rechtlichen Wirkungen diese einseitigen meist nur den Verkäufer günstigen Fakturaklauseln äußern können. Dies soll den Gegenstand der nachfolgenden Untersuchungen bilden; doch bleibt dabei die Behandlung der sogen. Konsignationsfaktura wegen der innigen Verquickung mit kommissions- und mandatsrechtlichen Fragen als zu speziell außer Betracht. In erster Linie wird daher die Bedeutung der Fakturaklauseln bei vorliegendem Kaufvertrag behandelt, am Schlusse auch die Faktura bei unbestellter Warensendung einer Würdigung unterzogen werden. Hierbei werden wir finden, daß in den meisten Fällen die Wirksamkeit der Klauseln darauf gestützt wird: der Käufer habe die Faktura unbeanstandet entgegengenommen; in dem Schweigen liege eine stillschweigende Willenserklärung. Um nun nicht die auf unser eigentliches Thema bezüglichen Ausführungen durch Erörterungen allgemeiner Natur auseinander zu ziehen, sei hier die Frage der stillschweigenden Willenserklärung kurz erörtert.

[1]) Vgl. Goldmann: Handelsgesetzbuch III, S. 1377 ff.; Makower: Handelsgesetzbuch I, 2, § 346, III, 9 b, S. 921.

§ 2.

Über wenige andere Fragen der Rechtswissenschaft gehen die Meinungen der Juristen soweit auseinander wie gerade über das Problem der stillschweigenden Willenserklärung. Schon über die Existenz und Berechtigung derselben herrscht Streit. Schloßmann[1]) erklärt sie für eine Fiktion; Crome[2]) will die Terminologie als irreführend beseitigt wissen. Ehrlich[3]) kommt bei seinen eingehenden Untersuchungen über diese Frage zu dem Resultat: „Die stillschweigende Willenserklärung als Abart der ausdrücklichen Willenserklärung, die sich von dieser dadurch unterscheide, daß sie in solchen Handlungen besteht, die nicht zu dem Zwecke vorgenommen würden, um als Ausdruck des Geschäftswillens zu dienen, ist uns nirgends begegnet, und man darf vielleicht, so schwierig auch der Beweis einer Negative sein mag, die Behauptung wagen: eine solche stillschweigende Willenserklärung existiert nicht. Vielmehr liegt in einer ganzen Reihe von Tatbeständen, die man als Willenserklärungen oder Verträge auffäßt, teils überhaupt keine Willenserklärung, teils ein nicht durch Willenserklärung, sondern durch Aneigung zustande gekommener Vertrag. Die nach Ausschluß dieser Tatbestände verbleibenden, unter den hergebrachten Begriff der Willenserklärungen fallenden Tatbestände bestehen dagegen ausschließlich in Handlungen, die zu dem Zweck vorgenommen wurden, um den Geschäftswillen kund zu tun, allerdings vom Standpunkt der Erklärungstheorie

[1]) Schloßmann: Vertrag S. 48 u. 61.

[2]) Crome: Bürgerliches Recht I, § 86, 2, S. 381.

[3]) Ehrlich: Stillschweigende Willenserklärung S. 287.

aus genommen, das heißt: sie bestehen nicht notwendig in Handlungen, die von diesem Willen tatsächlich geleitet wurden, wohl aber in Handlungen, die in dem andern Teile den Geistesaffekt hervorbrachten, es liege ihnen der Geschäftswille zugrunde."

„Vielmehr verstecke sich da, wo immer noch von einer stillschweigenden Willenserklärung die Rede war, hinter diesem Ausdruck stets die Subsumtion eines Tatbestandes unter einen Begriff, der auf diesen Tatbestand gar nicht paßte" [1]).

Von der richtigen Erkenntnis geleitet, daß von der herrschenden Meinung unter dem Begriff der stillschweigenden Willenserklärung Rechtsinstitute zusammengefaßt werden, die teilweise nicht dahin gehören, begeht Ehrlich den Fehler, die stillschweigende Willenserklärung überhaupt zu leugnen. Ehrlich ist daher auch mit seiner Ansicht nicht durchgedrungen. Vielmehr halten Theorie und Praxis an der stillschweigenden Willenserklärung fest und dies hätte auch seinen guten Grund, wenn wir nur anerkennen, daß nur diejenigen Fälle zu den stillschweigenden Willenserklärungen gezählt werden dürfen, die unter der Herrschaft der Normen über die Willenserklärung stehen [2]). Die Beibehaltung dieses Begriffes rechtfertigt sich aus der Erwägung: Es gibt eine Reihe von Fällen, in denen wir das Vorliegen von Willenserklärungen annehmen müssen, ohne daß etwas mit ausdrücklichen Worten ausgesprochen wurde. Diese Willenserklärungen sind vielmehr in einem Verhalten oder in einer Handlung zu sehen, die eben zu dem Zwecke vorgenommen

[1]) Ehrlich: a. a. O. S. 286.

[2]) Manigk: Willenserklärung und Willensgeschäft S. 216.

wurde, um den Geschäftswillen kund zu tun. Der Inhalt dieses Geschäftswillens ergibt sich sodann erst aus einer Prüfung der Umstände, unter denen die Handlung vorgenommen wurde respektive durch die das Verhalten erst seine Bedeutung gewann[1]).

Während aus diesen Gründen die Mehrzahl der Autoren bezüglich der Berechtigung dieses Begriffes übereinstimmt, herrschen die weitgehendsten Meinungsdifferenzen darüber, was im einzelnen dazu zu zählen sei und wodurch sich die stillschweigende von der ausdrücklichen Willenserklärung unterscheide. Einige suchen das unterscheidende Merkmal als ein subjektives in der Person des Erklärenden; nach ihnen ist eine Willenserklärung eine ausdrückliche, wenn sie durch Mittel erfolgt, welche die Kundgebung zum unmittelbaren Zweck haben; beobachtet der Erklärende dagegen ein Verhalten, das zunächst einen andern Zweck als die unmittelbare Erklärung verfolgt, aber doch einen Schluß auf seinen rechtsgeschäftlichen Willen gestattet, so hat er sich damit stillschweigend erklärt[2]). Eltzbacher[3]) verwendet hier die Begriffe absichtlich und vorsätzlich.

Im Gegensatz hierzu steht die Gruppe der objektiven Theorien, nach denen das Unterscheidungsmerkmal eine Eigenschaft der Erklärung selbst sei[4]).

---

[1]) Manigk: a. a. O. S. 220.

[2]) Vgl. Savigny: System des röm. Rechts III, S. 242; Dernburg: Pandekten, 5. Aufl., I, § 98, Anm. 5, S. 229; Dernburg: Die allgemeinen Lehren des bürgerl. Rechts I, § 131, II, S. 393; Enneccerus-Lehmann: Das bürgerl. Recht I, S. 152; dagegen Hartmann: Werk u. Wille im Arch. f. ziv. Praxis Bd. 72, S. 168ff.

[3]) Eltzbacher: Handlungsfähigkeit S. 139.

[4]) Vgl. Windscheid-Kipp: Lehrbuch des Pandektenrechts, 9. Aufl., I, § 72, S. 336ff.; Leonhardt: Irrtum S. 197ff.; Danz:

Um jedoch in dem Streit festen Fuß fassen zu können, ist es notwendig, zuvor den Begriff der Willenserklärung überhaupt festzulegen. Denn über die stillschweigende Willenserklärung wird so lange aussichtsloser Streit bestehen, als der Ausgangspunkt, die Willenserklärung selbst, nicht festgestellt ist[1]). Aus den Vorschriften der § 116ff. B.G.B. ist zu entnehmen: Eine Willenserklärung ist eine Äußerung, deren sich eine Person zum Zwecke der Kundgebung eines rechtlich erheblichen Geschäftswillens bedient[2]).

Über die Wirksamkeit läßt sich aus den §§ 119ff. entnehmen: eine wirksame Willenserklärung ist eine Äußerung, deren im Wege der Auslegung (§ 133 B.G.B.) gewonnener Inhalt dem Inhalt entspricht, welchen der Erklärende der Erklärung geben wollte[3]).

Diese beiden Sätze müssen auch auf die stillschweigende Willenserklärung anwendbar sein; denn wenn diese wichtigsten Sätze über die Willenserklärung nicht zutreffen, wäre es widersinnig, noch von stillschweigender Willenserklärung zu sprechen[4]). Dem-

Auslegung § 2, S. 13; Düringer-Hachenburg: Handelsgesetzbuch Bd. II, S. 9; Köhler: Die stillschweigende Willenserklärung S. 22; Manigk: a. a. O. S. 304.

[1]) Wendt: Unterlassungen und Versäumnisse in Arch. f. ziv. Praxis 92. S. 325.

[2]) Manigk: a. a. O. S. 188; Wendt: a. a. O. S. 238; Örtmann: Kommentar des allgemeinen Teils: Vorbemerkung zum 3. Abschnitt, Anm. 9, S. 302.

[3]) Eine ausführliche Begründung ginge weit über den Rahmen dieser Arbeit hinaus; ich verweise auf die Begründung in Manigk: a. a. O. 3. Kapitel, S. 150—210; vgl. auch S. 188; Danz: a. a. O. § 5, S. 49.

[4]) Vgl. Ehrlich: a. a. O. S. 286; Wendt: a. a. O. S. 223 ff.; Manigk: a. a. O. 220.

gemäß scheiden eine Reihe von Rechtsfiguren aus der Kategorie der stillschweigenden Willenserklärung aus, weil bei ihnen teils der Wille nicht berücksichtigt wird, teils eine Erklärung nicht vorliegt.

I. Vor allem liegen bei einer Reihe von Tatbeständen keine stillschweigenden Willenserklärungen vor, weil wir es hier mit gesetzlichen Wirkungen zu tun haben.

a) Ganz zweifellos ist dies in den Fällen der gesetzlichen Pfandrechte[1]) und des kaufmännischen Retentionsrechtes[2]) der Fall.

b) Dagegen wird vielfach die stillschweigende Vereinbarung einer Vergütung der §§ 612, 632, 653, 689 B.G.B. 354, 420 H.G.B. und die Fortsetzung des Vertrages der §§ 568, 625, 725 B.G.B. unter dem Gesichtspunkt der stillschweigenden Willenserklärung behandelt[3]). Dem ist jedoch nicht beizutreten[4]); vielmehr haben wir es hier mit Rechtsfolgen zu tun, die von einem Willen vollständig unabhängig sind, die vielmehr kraft Gesetzes eintreten, sobald die gesetzlich verlangten Tatsachen vorliegen; wenn hier das Gesetz eine stillschweigende Willenserklärung fingiert, so hat dies die Bedeutung, daß das Rechtsverhältnis den Bestimmungen über vertragsmäßige Verpflichtung unterstehen, speziell daß es im Falle der stillschweigenden

---

[1]) §§ 559, 585 B.G.B.; 397, 410, 421, 440 H.G.B.

[2]) § 369 H.G.B.

[3]) Planck: B.G.B. I, S. 205; Köhler: a. a. O. S. 72; Wendt: a. a. O. S. 244, bezügl. der §§ 568, 625, 725; Endemann: Lehrbuch des bürgerl. Rechts § 170, N. 1 und Anm. 3 S. 1067.

[4]) Vgl. Örtmann: Schuldverhältnisse S. 596, 639, 677, 739, 528; André in Planck II: B.G.B. S. 560; Windscheid-Kipp: I, § 72, S. 339; Manigk: a. a. O. S. 229—234.

Vertragsverlängerung als Fortsetzung des ursprünglichen Vertragsverhältnisses behandelt werden soll[1]).

c) Das für b) Gesagte trifft auch für die §§ 108, 117, 1396, 1448, 416 II, 516 II, 496 B.G.B. zu, in denen im Interesse der Rechtssicherheit an den Ablauf einer Frist Verweigerung respektive Genehmigung des zur Erklärung Aufgeforderten geknüpft ist[2]). Es ist ja wohl möglich, das des Rechts kundige Personen auf diese Weise ihre entsprechende Erklärung abgeben wollen. Der Charakter dieser Bestimmungen zeigt sich aber namentlich dann, wenn der wirkliche Wille von dem durch das Gesetz fingierten abweicht, wenn z. B. die Frist unfreiwillig unbenützt abgelaufen ist. Hier ist weder Geltendmachung der Nichtigkeit, noch Anfechtung möglich[3]).

II. Mit immer größerer Entschiedenheit wird neuerdings in der Literatur hervorgehoben, daß die Rechtsordnung auch solchen Handlungen rechtsgeschäftliche Wirkung zuerkennt, die nicht Willenserklärungen sind. Als Bezeichnungen dafür finden sich „unmittelbare Willensäußerungen" „Willensbetätigungen" „Willensverwirklichungen"[4]); der zutreffendste Ausdruck ist m. E. Willensgeschäft, weil er einerseits auf die wirkende Kraft, den Willen hinweist, andrerseits den Gegen-

[1]) Windscheid-Kipp: a. a. O. I, § 72, S. 339.

[2]) Manigk: a. a. O. S. 235; a. M. Örtmann: a. a. O. § 416 II, Anm. 4, S. 292.

[3]) Manigk: a. a. O. S. 336; vgl. auch § 362 H.G.B. und Staub: Kommentar zum H.G.B. § 362, Anm. 15 u. 19, Bd. II, S. 1306.

[4]) Binder: Rechtsstellung des Erben S. 76 ff.; Hellmann: Zur Lehre von der Willenserklärung nach bürgerlichem Recht in Jherings Jahrbücher 42, S. 413 ff.; Planck: B.G.B. I, S. 205; Manigk: a. a. O. 6. Kapitel, S. 415 ff.

satz zwischen Willenserklärung und Willensgeschäft hinreichend kennzeichnet. Zur Charakterisierung der beiden sei folgendes hervorgehoben: Bei der Willenserklärung ist davon auszugehen, daß nur das Kundgetane und dem Gegner zugänglich gemachte nach der Absicht des Handelnden für den Gegner bestimmt war und die Wirkungen des Geschäfts bestimmen sollte[1]). Es ist daher in erster Linie der Inhalt der Erklärung zu ermitteln (§ 133 B.G.B.); erst in zweiter Linie muß auch der wirkliche innere Wille erforscht werden, nämlich dann, wenn dieser nicht mit dem durch Auslegung der Erklärung ermittelten Willen übereinstimmt. Da aber der Wille als solcher nicht beweisbar ist, so muß er unbeachtlich bleiben, wenn nicht Indizien vorliegen, welche eben auf diesen wahren Willen einen Rückschluß gestatten[2]). Dagegen geht bei den Willensgeschäften die Absicht des Handelnden nicht auf ein Kundgeben, sondern auf eigenmächtige Verursachung von Rechtswirkungen[3]); deshalb ist hier in erster Linie der innere Wille zu erforschen; aber auch hier muß postuliert werden, daß sich der Wille in irgend einer Handlung vollendet hat. Hier liegt das Unterscheidungsmerkmal zwischen Willenserklärung und Willensgeschäft. Dort ist der Wille in einer Erklärung, hier in einer Handlung zum Ausdruck gebracht. Erklären ist lediglich eine bestimmte Art des Handelns, die dort notwendig ist, wo das Gesetz gerade die Erklärung zur Wirksamkeit verlangt[4]), wo ein Erklärungsinteresse vorliegt. Deshalb ist überall,

[1]) Hellmann: a. a. O. S. 418.
[2]) Binder: a. a. O. S. 92.
[3]) Manigk: a. a. O. S. 429.
[4]) Manigk: a a. O. S. 548.

wo nur ein Willensgeschäft vom Gesetz verlangt wird, eine Erklärung in noch höherem Maße wirksam; dagegen kann nie ohne weiteres ein Willensgeschäft durch eine Erklärung ersetzt werden[1]). „Denn es läßt sich nicht behaupten, daß in allen Fällen beide Wege der Willensäußerung möglich seien; es entspricht dies auch nicht dem B.G.B., welches instinktiv — und nicht ganz mit Unrecht — die durch Erklärung erfolgende Willensäußerungen so in den Vordergrund stellt, daß es für die andere Art der Willensäußerung allgemeine Vorschriften zu geben überhaupt unterläßt“[2]).

Es ist daher Sache der Wissenschaft, festzustellen, welche Rechtsfiguren als Willensgeschäfte zu behandeln sind und welche für die Willenserklärung geltenden Normen auch auf die Willensgeschäfte Anwendung zu finden haben. Darauf im Einzelnen einzugehen, liegt nicht im Rahmen dieser Arbeit. Nur soviel sei gesagt, daß die §§ 116, 130, 131, 147, 149, 150[3]) auf die Willensgeschäfte nicht anwendbar sind; wie wir sehen, sind die Ausnahmen so erheblich, daß es sich rechtfertigt, von einem besonderen Institut der Willensgeschäfte zu sprechen. Von den einzelnen hieher gehörigen Tatbeständen[4]) sei nur die Vertragsannahme nach § 151 B.G.B. hervorgehoben, weil diese Frage auch für unser eigentliches Thema von be-

[1]) Manigk: a. a. O. S. 522.

[2]) Binder: a. a. O. S. 91.

[3]) Manigk: a. a. O. 6. Kapitel, 6. Abschnitt S. 554 ff.; vgl. auch Rümelin: Das Handeln im fremden Namen im B.G.B. in Arch. für zivilist. Praxis Bd. 93 (1902), S. 174.

[4]) Vgl. das System der Willensgeschäfte bei Manigk: a. a. O. S. 552.

sonderer Wichtigkeit ist. Nach der herrschenden Meinung hätten wir es auch hier mit Willenserklärungen zu tun[1]). Dem ist jedoch nicht beizutreten[2]); denn in den von § 151 betroffenen Tatbeständen liegen Willenserklärungen, die doch immer ein Empfangsbegehren enthalten[3]), überhaupt nicht vor. Schneidet jemand ein unbestellt zugeschicktes Buch auf, in der Absicht, es behalten zu wollen, so liegt hier jedenfalls eine Annahme des Antrags vor, auch wenn die Handlung überhaupt nie zur Kenntnis irgend einer Person gelangt. Ebenso wird man hier den Erklärungswillen verneinen müssen. Auf dem entgegengesetzten Standpunkt steht Ehrlich[4]), der hier den Vertrag durch Aneignungshandlungen perfiziert wissen will, ohne daß dabei der Wille des Aneignenden in Betracht zu ziehen sei. Doch sieht sich Ehrlich sofort genötigt, zu unterscheiden, welche Handlungen als bindende Aneignungshandlungen zu behandeln seien und welche Handlungen ohne Präjudiz mit der Ware vorgenommen werden dürfen[5]). Des weiteren übersieht Ehrlich, daß hier auch begrifflich deliktische Handlungen in Frage kommen können, wenn sich auch praktisch der Aneignende schließlich dazu bequemen wird, die vertraglichen Verpflichtungen

[1]) Vgl. Windscheid-Kipp: a. a O. I, § 72, S. 342; Planck: a. a. O. S. 267; Staub: H.G.B. Exkurs z. § 361, Anm. 70, S. 1297; Crome: System des deutschen bürgerl. Rechts I, § 86, Anm. 10, S. 382.

[2]) Vgl. Manigks Polemik gegen Wedemeyers: Der Abschluß des obligatorischen Vertrages durch Erfüllungs und Aneignungshandlungen: a. a. O. S. 352 ff.

[3]) Wedemeyer: a. a. O. S. 87.

[4]) Ehrlich: a. a. O. S. 157.

[5]) Ehrlich: a. a. O. S. 155.

zu erfüllen, um den weitergehenden deliktischen Ansprüchen des Offerenten zu entgehen.

Das Richtige dürfte sein, auch in der Vertragsannahme des § 151 ein Willensgeschäft zu erblicken[1]), d. h. der Vertrag wird perfekt, sobald der Antragsempfänger seinen Annahmewillen in einer Handlung geoffenbart hat.

Wir sehen, in der Gruppe I wird der Wille nicht beachtet; in Gruppe II liegen keine Erklärungen d. h. keine Äußerungen vor, die gemacht wurden, um einen rechtlich erheblichen Geschäftswillen kund zu tun. Unter Gegenüberstellung der nun verbleibenden Fälle der stillschweigenden Willenserklärung mit denen der ausdrücklichen Willenserklärungen kommen wir zu dem Schlusse: Beide Kategorien können denselben Sätzen unterstellt werden[2]): Ausdrücklich erklärt ist das, was sich nach dem Sprachgesetz als erklärt ergibt. Konkludent erklärt ist das, was sich nach anderen Gesetzen, denen der Logik, der Usance etc. als erklärt ergibt. Oder vom Standpunkt des Erklärenden aus betrachtet: Ausdrücklich erklären heißt sprachlich adäquat erklären; konkludent erklären heißt dem Gegner den Schluß auf dem Willen auf irgend eine andere als die durch das Sprachgesetz vermittelte Weise ermöglichen[3]). Der wesentliche Unterschied zwischen beiden besteht nur darin, daß der Empfänger bei der stillschweigenden Willenserklärung die Gefahr

---

[1]) Vgl. Manigk: a. a. O. S. 365; Wendt: a. a. O. S. 239 ff.; Hellmann: a. a. O. S. 435 ff.

[2]) Windscheid-Kipp: a. a. O. I, § 72, S. 341.

[3]) Manigk: a. a. O. S. 304; Leonhard: a. a. O. S. 201 sowie oben S. 9 Anm. 4.

der Auslegung trägt[1]), deren er bei der ausdrücklichen Erklärung enthoben ist. Man muß daher dem Erklärungsgegner überall das Recht zugestehen, an Stelle einer konkludenten eine ausdrückliche Erklärung verlangen zu dürfen.

Es erübrigt noch, einige Worte über das Stillschweigen zu sagen[2]). Das Schweigen hat wie jedes Nichthandeln an und für sich betrachtet keine rechtliche Bedeutung; es ist kein typisches Verhalten, für welches das Recht eine bestimmte Wirkung vorschreibt. Vielmehr empfängt das Schweigen seine Bedeutung erst aus dem Zusammenhang unseres willentlichen Verhaltens und es muß bei der Beurteilung desselben immer der in dem Verhalten dem Gegner zugänglich werdende Wille ermittelt werden.

Daher das Zurückgehen auf die Umstände, unter denen das Schweigen stattfindet. Das Reichsgericht[3]) behandelt immer dort das Schweigen als Zustimmung,

---

[1]) Manigk: a. a. O. S. 299.

[2]) Vgl. Endemann: Lehrbuch des bürgerl. Rechts I, § 64, S. 296; Manigk: a. a. O. S. 289; Ehrlich: a. a. O. S. 53ff.; Crome: a. a. O. § 86, 3, S. 383; Cosack: Lehrbuch des Handelsrechts § 23, 3, S. 130; Makower: Handelsgesetzbuch I, 2, § 346 III, S. 916ff.; Staub: a. a. O. II, § 346, Anm. 13 u. 14 S. 1143; Lehmann: Lehrbuch des Handelsrechts § 116, 4 b, S. 503.

[3]) Vgl. R.O.H.G. I, 81, 122; IV, 205; XV, 96; XVI, 41; XVII, 130; XXII, 130; XXIV, 196; R.G. v. 22. IX. 1886 in Jurist Wochenschrift 1886, S. 318 [10]; v. 17. III. 1887 in Jurist. Wochenschrift 1887, S. 191 [10]; v. 12. X. 1892 in Bolze 15, N. 197, S. 127; v. 8. XI. 1892 in Jurist. Wochenschrift. 1893, S. 25 [44]; v. 4. II. 1893 in Jurist. Wochenschrift 1893, S. 140 [23]; v. 4. V. 1894 in Jurist. Wochenschrift 1894, S. 318 [22]; v. 4. XII. 1895 in Jurist. Wochenschrift 1896, S. 37 [34]; v. 10. II. 1898 in Sächs. Arch. VIII, S. 451; v. 30. I. 1903 in Jurist. Wochenschrift 1903, S. 102 [18] und Bd. 54 S. 180.

wenn der Schweigende durch sein Verhalten den Gegner zu einer ihm vorteilhaften, dem Gegner dagegen nachteiligen Handlung veranlassen will, noch mehr, wenn der Schweigende in Täuschungsabsicht handelte. Mit Recht: denn hier sollte das Schweigen in dem Gegner die Vorstellung der Genehmigung erwecken und insofern ist hier eine echte Willenserklärung zu erblicken. Dagegen bleibt die weitergehende Benachteiligungsabsicht als Mentalreservation nach § 116 B.G.B. unbeachtlich.

§ 3.

Bei der nun folgenden Besprechung der Bedeutung der Fakturaklauseln gehen wir von folgendem Tatbestande aus. Es liegt ein giltiger Kaufvertrag oder zum Mindesten eine Bestellung seitens des Käufers vor; der Verkäufer übermittelt dem Käufer vor oder gleichzeitig mit der Absendung der Ware eine Faktura, in welcher sich Vermerke der oben erwähnten Art vorfinden.

Hier entsteht zunächst die Frage, wie diese Vermerke juristisch zu konstruieren sind. Die Vermerke, welche der Verkäufer in Ausübung seines Rechtes aufnahm, werden erst weiter unten zu behandeln sein. Hier interessieren nur diejenigen, welche Abweichungen vom Kaufvertrage respektive von der Bestellung darstellen.

Liegt ein vollständig perfekter Kaufvertrag vor, so haben wir in diesen abweichenden Vermerken lediglich Anträge zur nachträglichen Abänderung des Kaufvertrages zu sehen; denn kein Kontrahent hat die Macht, einseitig den Vertrag abzuändern. Wie aber,

wenn der Verkäufer auf einen ihm in der Form der Bestellung zugegangenen Antrag eine Annahme nicht ausdrücklich erklärt, sondern die bestellte Ware dem Käufer zusendet? Entspricht die Leistung vollständig der Bestellung, so liegt darin eine Annahme nach § 151 B.G.B.; dadurch, daß der Käufer seinen Antrag in die Form einer Bestellung gekleidet hat, verzichtete er auf ausdrückliche Annahme[1]). Nimmt jedoch der Verkäufer einen der Bestellung nicht entsprechenden Fakturavermerk auf, so entsteht die Frage, wie jetzt diese Vermerke zu konstruieren sind und welchen Einfluß sie auf das ganze Rechtsverhältnis ausüben. Man könnte etwa mit Ehrlich[2]) folgendes ausführen: „Ganz analog dem Fall der unbestellten Ware ist derjenige zu behandeln, wo der Verkäufer eine an ihn ergangene Bestellung effektuiert hat, ohne vorher die Annahme irgendwie erklärt zu haben. Dann liegt erst in der Effektuierung die Annahme der Bestellung; weicht sie aber von der Bestellung irgendwie ab, enthält insbesondere die Faktura, welche sie begleitet, Bestimmungen, welche die Bestellung nicht oder anders enthielt, so ist das eine Annahme unter Bedingungen und Einschränkungen, daher eine Ablehnung verbunden mit einem neuen Antrag. Ob nun dieser neue Antrag angenommen wurde, kann im Einzelnen sehr zweifelhaft sein[3])."

---

[1]) Vgl. Staub: a. a. O. Exkurs z. § 361, Anm. 70; Manigk: a. a. O. S. 367.

[2]) Ehrlich: Fakturenbeisätze in Jurist. Blätter 1887, S. 390; zurückgenommen in Stillschw. Willenserkl. S. 287; Endemann: Lehrbuch des bürgerl. Rechts I, § 69, Anm. 23, S. 330.

[3]) Zu derselben Ansicht muß auch Wedemeyer und mit ihm die herrschende Meinung kommen, die in der Vertragsannahme des

Diese Ansicht würde jedoch zu Konsequenzen führen, die den Verkäufer mehr als unbillig belasten[1]).

a) Es würde die geringste, oft gar nicht beabsichtigte Abweichung von der Bestellung genügen, um den Verkäufer die Gefahr des Transportes tragen zu lassen, die sonst nach § 447 auf den Käufer mit der Absendung übergegangen sein würde; denn da die Sendung als Realofferte anzusehen ist, hat der Antragsteller die Gefahr zu tragen.

b) Der ursprüngliche Besteller, dessen Offerte durch die Aufnahme widersprechender Vermerke abgelehnt ist, kann natürlich jetzt den Antrag ablehnen, in seinem Schweigen müßte eine Ablehnung der Offerte erblickt werden.

Es kann ja wohl vorkommen, daß der Verkäufer die ihm zugegangene Bestellung nicht annehmen, wohl aber durch Realofferte einen Gegenantrag machen will; in einem solchen Falle erheischt es aber die Verkehrssitte, daß er diesen abweichenden Willen zum mindesten in der Faktura zum Ausdruck bringt. Liegt eine Ablehnung der Bestellung in seinem Willen, so treffen ihn die oben angeführten Nachteile mit Recht; aber die Annahme, daß die geringste Abweichung von der Bestellung schon eine Ablehnung derselben in sich schließen, würde zu einer wohl kaum begrüßenswerten Verkehrsunsicherheit führen.

In richtiger Erkenntnis der für den Käufer schwerwiegenden Nachteile sucht Hanausek[2]) aus der Entstehungsgeschichte des Art. 322 H.G.B. ä. F.

---

§ 151 eine Willenserklärung erblickt. Vgl. O.L.G. Dresden v. 3. VI. 1898 in Seuff. Arch. 56, S. 122.

[1]) Vgl. Hanausek: a. a. O. S. 78ff.

[2]) Hanausek: a. a. O. S. 79.

nachzuweisen, daß der Art. 322 nicht auf eine in re erfolgende Annahme bezogen werden darf. Da nun der § 150, 2 zu den aus dem H.G.B. übernommenen Paragraphen zählt und die einschlägigen Materialien keinen Anhaltspunkt für die entgegenstehende Ansicht bieten[1]), so dürften die Ausführungen Hanauseks auch für § 150, 2 B.G.B. zutreffend sein. Wir brauchen jedoch auf diese immerhin nicht im Gesetz selbst liegende Auslegung nicht zurückzugreifen. Vielmehr haben wir schon oben gesehen, daß der § 150[2]) auf Willensgeschäfte nicht anwendbar ist. Während sonst der Vertrag durch zwei übereinstimmende Erklärungen zustande kommt, wird in den Fällen des § 151 der Vertrag schon durch Erklärung und durch den in irgend einer Handlung sich vollendenden Willen, den Antrag anzunehmen, perfekt. Die von der Bestellung abweichenden Fakturavermerke haben also ebenfalls als Anträge zur nachträglichen Abänderung des Kaufvertrages zu gelten.

Hinsichtlich der Art und Weise, in der diese Anträge vom Antragsempfänger angenommen werden können, ist zu sagen, daß auf solche Anträge eine ausdrückliche Annahme nicht erwartet zu werden pflegt, daß also für eine Vertragsannahme nach § 151 B.G.B. Raum bleibt.

Die Wirkung, welche die Aufnahme derartiger Fakturenvermerke ebenso wie die in Ausübung eines Verkäuferrechts geschehende Aufnahme von Vermerken, für den Verkäufer hat, ist die, daß der Fakturenaussteller an seine Angaben in der Faktura

[1]) Denkschrift S. 616; Motive I, S. 175; Protokolle II, Bd. 1, S. 86.

[2]) Rümelin: a. a. O. S. 174.

gebunden ist[1]). Dies ist besonders wichtig, wenn die Fakturavermerke dem Käufer günstig sind. Diese Möglichkeit ist zwar bei allen oben angegebenen Vermerken vorhanden, besonders häufig jedoch bei der Fixierung des Preises und bei der Festsetzung der Reklamationsfrist.

Die Möglichkeit, den Preis einseitig festzusetzen, ist für den Verkäufer nur dann gegeben, wenn bei dem Abschluß des Vertrages über die Höhe des Preises nichts vereinbart wurde. So wesentlich auch die Höhe des Preises für die wirtschaftliche Seite des Geschäftes ist, so wäre doch die Annahme irrig, daß in einem solchen Falle kein Vertrag vorliege. Vielmehr ist damit der bei dem Verkäufer gewöhnliche Preis, der Marktpreis, der kundenübliche, wertentsprechende, gangbare Preis vereinbart und es obliegt dem Verkäufer, den Preis im einzelnen Falle festzusetzen[2]). Hat er dagegen den Preis einmal in der Faktura festgesetzt und diese dem Käufer übermittelt, so ist er an die darin getroffene Festsetzung gebunden. Eine nachträgliche Erhöhung ist ohne Genehmigung des Käufers ausgeschlossen[3]).

Hervorzuheben ist, daß eine Anfechtung wegen Irrtums nach den allgemeinen Regeln der § 119ff. B.G.B. hier dann ausgeschlossen ist, wenn ein Irrtum

---

[1]) R.O.H.G. XI, S. 107.

[2]) R.O.H.G. V, 421; XIII, 75; R.G. v. 21. IV 1888 in Bolze VI, N. 550, S. 108; v 21. III. 1894 in Bolze XVIII, N. 457, S. 271; Örtmann: a. a. O. § 453 und die dort angezogene Literatur; Staub: a. a. O. Exkurs vor § 373, Anm. 25; Ehrlich: Die stillschweig. Willenserklärung S. 46.

[3]) Vgl. R.O.H.G. XI, 247; Dernburg: Lehrbuch des bürgerl. Rechts II, I, § 86 III, sowie Staub: Exkurs vor § 373, Anm. 25.

bei der Preiskalkulation unterlief. Denn für die Frage des Irrtums kommt nicht in Betracht, was nicht zum Bestandteil des Geschäftes wurde, was also den Inhalt desselben nicht bildete[1]). Hat der Verkäufer den Kaufpreis auf Grund einer Berechnung seiner Auslagen bestimmt und ergibt sich hinterher, daß er bei der Rechnung einen Ausgabeposten vergaß, so kann er hierauf eine Anfechtung nicht gründen[2]). Dies wird näher in einer Entscheidung des Reichsgerichtes[3]) ausgeführt: „Man könne nicht sagen, daß die Klägerin die Erklärung, wie sie vorliege, überhaupt nicht habe abgeben wollen und daß das irgendwie veranlaßte Sichverrechnen bei der Kalkulation des Preises einem Sichversprechen oder Sichverschreiben bei der nachfolgenden Willenserklärung gleichzustellen sei. Auch habe die Klägerin sich bei der Abgabe der Willenserklärung über deren Inhalt sich nicht im Irrtum befunden; vielmehr liege die Sache nur so, daß die Klägerin durch die irrtümliche Berechnung zur Forderung des Preises bewogen worden sei, daß sie aber diesen Preis, als sie ihn forderte, wirklich habe fordern wollen und daß somit Wille und Erklärung vollständig übereinstimmten[4])."

Verschieden davon ist die Frage, ob der Käufer unter allen Umständen berechtigt ist, sich auf den in der Faktura festgesetzten, durch einen Fehler bei der Berechnung beeinflußten Preis zu berufen. Dies ist zweifellos zu bejahen, wenn der Kalkulationsfehler

---

[1]) Dernburg: a. a. O. S. 428.

[2]) Dernburg: a. a. O. S. 434.

[3]) R.G. Bd. 55, S. 368.

[4]) Vgl. auch die Urteile des O.L.G. Hamburg in Seuff. Arch. 56, S. 135 und in Rechtsprechung d. O.L.G. IV, S. 204.

nicht sofort offensichtlich ist, d. h. wenn der eingesetzte Preis sich noch innerhalb des Marktpreises oder nur wenig darunter bewegt. Anders liegt die Sache, wenn sich der Käufer sofort sagen mußte, daß der in der Faktura eingesetzte Preis unbedingt auf einem Fehler bei der Berechnung beruhen muß, wenn es als ausgeschlossen erscheint, daß der Verkäufer ohne großen Schaden die Ware liefern konnte. In einem solchen Falle entspricht es wohl nicht dem Gebot von Treu und Glauben, wenn der Käufer den Verkäufer beim Worte nimmt und den Preis genehmigt. Vielmehr würde die Ausnützung eines derartigen vom Gegenkontrahenten zu dessen Ungunsten begangenen Rechenfehlers gegen die guten Sitten und insbesondere auf dem vom Gebote von Treu und Glauben beherrschten Gebiete des Handels gegen die sittlichen Anschauungen aller achtbaren Kaufleute verstoßen. Zwar hat jeder Käufer das Bestreben, seine Käufe zu möglichst billigen Preisen abzuschließen. Auf der anderen Seite soll jedoch nach allgemeiner Anschauung dieser Zweck nicht in der Weise erreicht werden, daß der Verkäufer durch den Kaufabschluß einen direkten Vermögensnachteil erleidet. Die Käufer sind in den meisten Fällen auch ihrerseits Verkäufer; daher ist überall in kaufmännischen Kreisen die Anschauung verbreitet, daß ein Geschäft beiden Teilen nützen soll. M. E. ist daher im obigen Falle die Verschuldung des Käufers an dem dem Käufer zugefügten Schaden gegeben und es dürfte § 826 B.G.B. Anwendung finden können.

Diese Ansicht ist von der Literatur[1]) und Praxis[2])

[1]) Vgl. Staub: a. a. O. Exkurs z. § 346, Anm. 7.

[2]) R.G. v. 5. II. 1898 in Jurist. Wochenschrift 98, S. 208 [27]

für den Fall anerkannt, daß der Antragsempfänger den Antrag angenommen hat, obwohl er den Kalkulationsfehler erkannte. Dagegen ist es nicht unsittlich, wenn der Käufer erst nach Vertragsabschluß von dem Fehler in der Berechnung Kenntnis erlangt und trotzdem auf der Erfüllung des Vertrages besteht[1]). Meines Erachtens sind diese Grundsätze auch — wie oben geschehen — auf die Genehmigung des in der Faktura eingesetzten Preises zu übertragen. Denn dadurch allein, daß der Verkäufer den Preis einseitig in die Faktura einsetzt, wird dieser noch nicht zum Inhalt des Vertrages, vielmehr bedarf es dazu noch einer Handlung des Käufers, nämlich dessen Genehmigung. Für die Berechtigung dieser Ansicht spricht auch folgende Erwägung. Der Käufer, der vor Abschluß eines Kaufvertrages mit fester Preisvereinbarung den Kalkulationsfehler erkennt und trotzdem den Vertrag abschließt, macht sich dem Verkäufer schadensersatzpflichtig. Soll nun dadurch, daß dem Verkäufer das Vertrauen entgegengebracht wird, den Preis selbst bestimmen zu dürfen, die Lage des Verkäufers eine schlechtere werden als bei einem Verkauf mit fester Preisvereinbarung?

Der Verkäufer kann dagegen seine Preisstellung wegen Irrtums anfechten, wenn der Irrtum in der Rechnung selbst liegt. Z. B. der Einheitspreis ist richtig eingesetzt, aber es hat sich bei der Berechnung von mehreren Stücken ein Multiplikationsfehler oder bei der Berechnung der Schlußsumme ein Additions-

---

und Urteil des O.L.G. Hamburg in Rechtsprechung des O.L.G. IV, S. 264.

[1]) R.G. 55, 367; Jurist. Wochenschrift 1903, Beil. S. 120[265].

fehler eingeschlichen[1]). Auch dann kann der Verkäufer anfechten, wenn anstatt des vereinbarten Preises infolge Irrtums ein anderer in die Faktura eingesetzt worden ist.

Ebenso wie an die Vermerke bezüglich des Preises ist der Verkäufer auch an seine Angaben bezüglich der Reklamationsfrist gebunden. Dies ist dann von praktischer Wichtigkeit, wenn die in der Faktura angegebene Frist länger ist als die in § 377 H.G.B. bestimmte. Es ist ja sehr leicht möglich, daß dieselbe Frist für den einen Käufer eine Beschränkung, für den andern eine Erweiterung der gesetzlichen Frist zur Mängelanzeige bildet, je nachdem der ordnungsmäßige Geschäftsgang nach der Art der Betriebe eine spätere oder frühere Untersuchung der Ware auf Mängel notwendig macht. Da die Vorschrift des § 377 H.G.B. einmal in Rücksicht auf eine möglichst rasche Erledigung der Handelsgeschäfte, sodann aber hauptsächlich zum Schutze des Verkäufers gegeben ist, um ihn nämlich in möglichst kurzer Zeit von seiner Mängelhaftung zu befreien und um eine Spekulation auf seine Kosten möglichst hintanzuhalten, ist bei dem dispositiven Charakter der Vorschrift kein Grund einzusehen, weshalb nicht der Verkaufer einseitig dem Käufer eine längere Frist zugestehen könnte. Generell aber zu sagen: in der Festsetzung einer Reklamationsfrist läge die Erklärung des Verkäufers, daß sein Interesse bei Vornahme der Mängelanzeige binnen dieser Frist ausreichend geschützt sei, ist unrichtig. Vielmehr kommt es dabei ganz auf die Fassung des Vermerkes an. Hiebei ist m. E. daran festzuhalten:

[1]) R.G. Bd. 24, S. 169.

Erscheint die Ansicht des Käufers, der Verkäufer wolle ihm eine erweiterte Reklamationsfrist zugestehen, nach dem Wortlaut des Vermerkes nur einigermaßen gerechtfertigt, so ist das Vertrauen des Käufers zu schützen; denn es wäre Sache des Verkäufers gewesen, diese Ansicht durch eine bündigere Fassung des Vermerkes auszuschließen. Mir erscheint daher die Auffassung des O.L.G. München als zu streng[1]), das nur dann eine Erweiterung der Reklamationsfrist in einem derartigen Vermerke erblicken will, wenn aus demselben nicht hervorgeht, daß auch der Käufer an die Frist gebunden sein soll. Ebenso ist die bei Staub[2]) vertretene Ansicht, daß diese Reklamationsklausel den Verkäufer überhaupt nicht binde, in dieser Allgemeinheit unrichtig[3]).

§ 4.

Wir gehen nunmehr zu der Besprechung der Frage über: unter welchen Umständen können diese einseitigen Fakturenvermerke rechtliche Wirkung für den Empfänger der Fakturen, also für den Käufer äußern.

Hat dieser die Faktura in ihrem ganzen Umfange

---

[1]) O.L.G. München v. 15. XI. 1907 in Seuff. Bl. für Rechtsanwendung 1908, S. 153.

[2]) Staub: a. a. O. § 377, Anm. 32.

[3]) Vgl. auch R.O.H.G. I, 88; VI, 77; RG. bei Bolze III, N. 691, S. 201; O.L.G. Dresden v. 19. IX. 1899 in Seuff. Arch. 56, S. 59 und Sächs. Arch. 9, S. 249; O.L.G. Hamburg v. 29. V. 1905 im Recht 1905, N. 2503, S. 596; a. M. O.L.G. Hamburg v. 10. V. 1900 in Rechtsprechung d. O.L.G. I, S. 247; O.L.G. Hamburg v. 14. V. 1900 in Wedemeyers Jahrbuch der Entscheidungen II, S. 240, N. 35.

oder zu einem Teile ausdrücklich oder stillschweigend anerkannt, so sind auch die von der Anerkennung betroffenen einseitigen Fakturavermerke vollgültiger Vertragsinhalt geworden[1]). Eine ausdrückliche Anerkennung der Faktura ist im allgemeinen sehr selten. Sie dürfte in folgender Mitteilung des Käufers an den Verkäufer zu finden sein: „Wir haben von dem gesamten Inhalt ihrer Faktura Kenntnis genommen und gehen mit Ihnen hierin überein". Damit darf nicht verwechselt werden die Kaufklausel: „Faktura anerkannt", die namentlich dann vertraglich festgesetzt wird, wenn die weite Entfernung zwischen Absendungs- und Bestimmungsort den Verkäufer hindert, seine berechtigten Interessen bei etwaiger Mängelrüge oder Dispositionsstellung geltend zu machen. Hier hat die Klausel: „Faktura anerkannt" nur die Bedeutung, daß der Käufer auf die Geltendmachung von etwaigen Mängeln verzichtet, falls nicht dem Verkäufer ein arglistiges oder grobfahrlässiges Verhalten bei Aussonderung und Absendung der Ware nachweisbar ist. Diese Klausel gewinnt somit die Bedeutung der namentlich in den Hansestädten gebräuchlichen Kaufbedingungen: „Wie besehen" oder „Empfang erklärt"[2]); keinesfalls vermag sie dem vom Verkäufer einseitig eingesetzten Teil der Faktura zur Gültigkeit zu verhelfen.

Stillschweigende Anerkennung des gesamten Fak-

---

[1]) Vgl. Hanausek: a. a. O. § 4 A, S. 28.

[2]) Vgl. R.G. v. 19. XI. 1898 in Seuff. Arch. 55, S. 53; vgl. Staub: a. a. O. § 377, Anm. 35, S. 1614 und § 360, Anm. 5 S. 1279; Makower: a. a. O. § 377, XI c 2, S. 1223 und Dernburg: Die Schuldverhältnisse nach dem Rechte des Deutschen Reiches und Preußens II, 2, § 184, VIII, S. 54, sowie Goldmann: a. a. O. III, § 346, Anm. 3, S. 1399, N. 78.

tureninhalts ist namentlich dann anzunehmen, wenn der Faktura ausdrücklich vom Verkäufer der Charakter eines Bestätigungsschreibens beigelegt wurde und der Käufer längere Zeit darauf schwieg. Es ist im kaufmännischen Leben außerordentlich häufig, daß hauptsächlich bezüglich der durch Dritte, wenn auch bevollmächtigte Personen, wie Reisende und Agenten, abgeschlossenen Geschäfte der Verkäufer dem Käufer ein sogenanntes Bestätigungsschreiben zukommen läßt[1]). Im Gegensatz zum mündlichen Vertragsabschluß, bei dem die Einigung sich meistens nur auf die wesentlichsten Punkte erstreckt, ist dieses Schreiben dazu bestimmt, den Inhalt des Vertrages auch in seinen Nebenpunkten erschöpfend zu fixieren. Die Hingabe und die widerspruchslose Annahme eines derartigen Bestätigungsschreibens seitens des Käufers ist dahin aufzufassen, daß das, was im Schreiben fixiert ist, als vereinbart gilt, selbst dann, wenn es Abweichungen von der mündlichen Vereinbarung enthält. Für ein Zurückgehen auf den ursprünglichen Vertrag ist kein Raum mehr[2]).

Ist daher der Faktura ausdrücklich der Charakter eines Bestätigungsschreibens beigelegt und wird dem Inhalt nicht vom Käufer widersprochen, so muß darin eine stillschweigende Anerkennung des Inhaltes er-

---

[1]) Vgl. Staub: Exkurs zu § 372, Anm. 32; Goldmann: a. a. O. III, § 346, Anm. III 2 b, S. 1372; Ehrlich: a. a. O. S. 188.

[2]) Vgl. R.G. v. 15. IV. 1885 in Bolze I, N. 654, S. 141; v. 20. VI. 1888 in Bolze VI, N. 314, S. 118; v. 15. XII. 1896 in Jurist. Wochenschrift 1897, S. 88[34]; Entsch. Bd. 58, S. 66; v. 9. X. 1903 in Holdheims Monatsschrift 13, S. 28; O.L.G Kiel v. 26. XI. 1904 in Rechtsprechung d. O.L.G. 11, S. 28; O.L.G. Hamburg v. 11. X. 1905 in Seuff. Arch. 62, S. 346.

blickt werden, daß der Vertrag so wie er bestätigt wurde, auch tatsächlich geschlossen sei. Damit sind auch die dem ursprünglichen Vertrag widersprechenden Fakturavermerke vollgültiger Vertragsinhalt geworden[1]). Denn die Bedeutung des Bestätigungsschreibens muß jeder Kaufmann genau kennen; war er mit dem Inhalt des Bestätigungsschreibens nicht einverstanden, so hätten es Treu und Glauben erfordert, die gegenteilige Ansicht dem Verkäufer mitzuteilen.

In diesen Fällen kann sich der Käufer nicht damit entschuldigen, er habe das Bestätigungsschreiben nicht gelesen, einen deutlichen Vordruck übersehen[2]). Wie bei allen Handlungen ist auch der ein Bestätigungsschreiben absendende Verkäufer verpflichtet, das Gebot von Treu und Glauben nicht außer Acht zu lassen. Ein solches Außerachtlassen würde dann gegeben sein, wenn der Verkäufer Vermerke an einer unauffälligen und ungebräuchlichen Stelle auf der Faktura anbringt, in der Hoffnung, der Käufer werde dieselben übersehen und aus diesem Grunde es unterlassen, gegen die ihm ungünstigen Klauseln zu protestieren. In einem solchen Falle würden diese Vermerke auch bei widerspruchsloser Annahme der ein Bestätigungsschreiben ersetzenden Faktura unwirksam bleiben[3]).

Ungleich häufiger als die Anerkennung des ge-

---

[1]) R.G. Bd. 57, S. 409; v. 25. VI. 1900 in Warneyers Jahrbuch I, S. 38 N. 6; v. 26. IV. 1904 in Warneyers Jahrbuch III, S. 31, § 269, N. 2; O.L.G. Hamburg v. 21. X. 1902 in Warneyers Jahrbuch II, S. 27, N. 9.

[2]) R.G. 54, S. 179; 57, 410; O.L.G. Hamburg v. 14. I. 1903 in Rechtsprechung d. O.L.G. 8, S. 28.

[3]) R.G. v. 30. XI. 1899 in Holdheims Monatsschrift 9, S. 78; R.O.H.G. 19, S. 5.

samten Faktureninhalts findet sich die Anerkennung einzelner Teile derselben [1]). So ist insbesondere die Anerkennung der Valuta außerordentlich häufig. Teilt z. B. der Käufer dem Gegenkontrahenten mit, er werde einen auf ihn gezogenen Wechsel in Höhe des Fakturensaldos akzeptieren, so sind damit der Preis und der Vermerk: „Betrag wird per Tratte entnommen", ausdrücklich anerkannt. Zahlt der Käufer den Fakturenbetrag auf das Girokonto des Verkäufers bei der Reichsbank ein, so liegt darin eine stillschweigende Anerkennung der Preisberechnung und der Klausel: „Zahlungen wollen per Reichsbanküberweisung betätigt werden". Der Käufer kann sich dann nicht mehr darauf berufen, daß die anerkannten Vermerke vom früheren Vertrage abweichende Bestimmungen enthielten. Natürlich kann jedoch der Käufer sowohl bei ausdrücklicher wie stillschweigender Anerkennung dieselbe wie jede andere Willenserklärung widerrufen, solange nicht dieselbe dem Verkäufer zugegangen ist.

Als Anerkennung wurde hier in Übereinstimmung mit Planck [2]) die Tatsache betrachtet, daß eine Erklärung vorlag, aus der ein Schluß auf das Bewußtsein von dem Bestehen einer Verpflichtung gezogen werden konnte. Diese Anerkennungen unterstehen bezüglich ihrer Nichtigkeit und Anfechtbarkeit den allgemeinen Regeln des B.G.B. Als Irrtum im Beweggrund und daher als unbeachtlich ist der Einwand des Käufers anzusehen: er glaubte, daß diese Bestimmung

[1]) Vgl. Ehrlich: a. a. O. S. 228.

[2]) Vgl. Planck: a. a. O. § 208, Anm. 2, S. 352; a. M. Endemann: a. a. O. I, § 93, Anm. 21, S. 558. Vgl. auch Dernburg: a. a. O. I, § 160, Anm. 13, S. 531 und Crome: a a. O. I, § 116 II, S. 515; Bd. II, § 305, Anm. 2 u 3, S. 912.

auch im ursprünglichen Vertrage aufgenommen gewesen wäre.

§ 5.

Doch nur verhältnismäßig selten wird sich der Verkäufer auf eine derartige Anerkennung stützen können, wenn er mit der Behauptung auftritt, die Vermerke wären für den Käufer bindend. Wir haben daher zu untersuchen, unter welchen Umständen in dem Schweigen eine Genehmigung eines Vermerkes zu finden ist.

Einzelne Fakturenvermerke gewinnen unter dem Gesichtspunkte für den Käufer Bedeutung, daß der Verkäufer mit deren Einsetzung den Vertrag nur zu einem Teile ergänzt habe; dies trifft hauptsächlich bei der Preisbestimmung zu, wenn über den Preis bei Vertragsschluß nichts vereinbart wurde. Wie wir oben gesehen haben [1]), ist in einem solchen Falle der übliche Preis vereinbart und es liegt dem Verkäufer ob, die Höhe genau festzusetzen [2]). Diese Bestimmung erfolgt regelmäßig in der Faktura. In dem längeren Schweigen nach Empfang der Ware mit Faktura, aus der die Preisfestsetzung ersichtlich ist, muß eine stillschweigende Willenserklärung des Inhalts erblickt werden, die fakturierten Preise genehmigen zu wollen. Denn jeder Käufer muß sich sagen, daß aus einem solchen Verhalten der Gegner den Schluß auf die Genehmigung ziehen werde und nach dem das ganze Vertragsverhältnis beherrschenden Gebot von Treu und Glauben wäre er verpflichtet,

[1]) Siehe oben § 3 S. 22 Anm. 2.

[2]) Vgl. Hanausek: a. a. O. S. 50, Anm. 16; Ehrlich: a. a. O. S. 279 und Anm. 5.

seine abweichende Absicht dem Verkäufer mitzuteilen. Von welchem Zeitpunkt ab der Verkäufer berechtigt ist, die Preisbestimmung als genehmigt anzusehen, ist lediglich Tatfrage und ist im Streitfalle durch Sachverständige festzusetzen. Dem Käufer steht natürlich, wenn die Voraussetzungen des § 119 B.G.B. gegeben sind, die Anfechtung frei, doch ist bei erfolgreicher Anfechtung dem Verkäufer der Schutz des § 122 B.G.B. nicht zu versagen. Der Regel nach läßt die Annahme und das Behalten der mit Preisnote übersendeten Waren ebenso nach allgemeinen Grundsätzen wie nach kaufmännischer Sitte eine andere Auffassung als die der faktischen Preisgenehmigung nicht zu [1]).

Das Schweigen ist jedoch nicht das einzige Verhalten, welches dem Verkäufer den Schluß auf den Genehmigungswillen gestattet. Rügt z. B. der Käufer etwaige Qualitäts- oder Quantitätsmängel, ohne dabei gleichzeitig die Höhe des Preises zu beanstanden, so kann hieraus der Verkäufer den berechtigten Schluß auf den Genehmigungswillen des Käufers ziehen. Denn es ist kaufmännische Pflicht, alle zur Zeit der Mängelanzeige entdeckten Mängel zu rügen. Unterläßt der Käufer eine Rüge, die er bereits machen konnte, so liegt darin ein Verzicht auf die Geltendmachung des Mangels, in unserem Fall also eine Genehmigung des Preises [2]).

Darüber, ob der Käufer berechtigterweise sich unter allen Umständen auf den in der Faktura angegebenen Preis berufen kann, ist bereits oben gesprochen. Er würde unsittlich handeln, wollte er den Verkäufer

[1]) Vgl. R.O.H.G. III, S. 112.

[2]) Vgl. R.O.H.G. III, S. 48; Düringer-Hachenburg: a. a. O. § 377, VI c und d; R.OH.G. V, S. 265; R.G. 18, S. 55; 38, S. 11

beim Worte nehmen, trotzdem er den Berechnungsfehler sofort erkannt hat[1]).

In diesem Zusammenhang interessiert noch die Frage, ob der Käufer berechtigt ist, die Annahme nur aus dem Grunde zu verweigern, weil der fakturierte Preis nach seiner Meinung den stillschweigend vereinbarten übersteigt. Eine Verweigerung der Annahme ist hier unstatthaft. Die Leistung ist, von sonstigen Mängeln abgesehen, nicht schon deswegen nicht empfangbar, weil der Preis dem Käufer nicht konveniert. Der Käufer ist vielmehr berechtigt und verpflichtet, die Ware abzunehmen, um so mehr, als in der bloßen Annahme allein eine Genehmigung der Fakturapreise nicht erblickt werden kann und der Käufer somit in der Lage ist, seine Rechte in vollem Umfange durch die Mitteilung seiner Nichtgenehmigung zu wahren. Erfolgt keine gütliche Einigung zwischen den beiden Kontrahenten, so hat der Richter mit Hilfe von Sachverständigen den marktgängigen oder kundenüblichen Preis festzusetzen. Verweigert jedoch der Empfänger die Annahme nur wegen des nach seiner Ansicht zu hoch bemessenen Preises, so verletzt er damit seine Käuferpflichten und hat die hieraus sich ergebenden Nachteile zu tragen[2]).

§ 6.

Des weiteren sind hier die Vermerke zu besprechen, die zwar der Verkäufer ebenfalls meist in Ausübung

---

[1]) Vgl. oben S. 23.

[2]) Vgl. R.G. v. 23. X. 1886 in Bolze III, N. 714, S. 210. Vgl. auch R.O.H.G. VI, S. 166; Hanausek: Haftung des Verkäufers I, S. 252ff.; Hanausek: Faktura u. Fakturaklauseln S. 30

eines Rechtes aufnimmt, die jedoch im Gegensatz zu den in § 5 besprochenen Vermerken den Vertrag selbst nicht berühren; es sind dies die sogenannten Emballageklauseln[1]), d. h. diejenigen Vermerke in der Faktura, welche die näheren Bedingungen für die Überlassung der Emballage an den Käufer enthalten. Von der Emballage wohl zu unterscheiden ist die sogenannte Originalverpackung; diese letztere, dazu bestimmt, eine gewisse Anzahl von Einzelgegenständen als eine Wareneinheit erscheinen zu lassen oder überhaupt der Ware ein für den Verkehr geeignetes Aussehen zu geben, ist regelmäßig als eine Eigenschaft zu betrachten[2]); deren Wert ist normalerweise bereits in dem Preise eingerechnet. Anders verhält es sich mit der Emballage, die lediglich dazu bestimmt ist, zu Versendungszwecken zu dienen[3]). Nach § 448 B.G.B. hat der Käufer die Kosten der Abnahme und der Versendung der Sache nach einem anderen Orte als dem Erfüllungsorte zu tragen. Da die Emballage lediglich ein Mittel ist, die Versendung zu ermöglichen, fallen auch die Kosten der Emballage dem Käufer zur Last[4]). Im Handelsverkehr ist dieser Grundsatz nicht überall strikte zur Durchführung gelangt. Falls das Verpackungsmaterial wie Stroh, Packpapier etc. nur einen geringen Wert besitzt, wird die Emballage dem Käufer meist nicht besonders berechnet; wo aber dasselbe einen verhältnismäßig erheblichen Wert repräsentiert wie z. B.

---

[1]) Vgl. § 1, S. 5 d.

[2]) Vgl. Staub: a. a. O. § 360, Anm. 6, S. 1280 und § 377, Anm. 9, S. 1600.

[3]) Vgl. R.O.H.G. XI, S. 106.

[4]) Vgl. Staub: a. a. O. § 380, Anm. 6, S. 1687 und Exkurs zu § 382, Anm. 119, S. 1732; R.O.H.G. 13, 367.

Kisten, Säcke, dort haben sich Handelsgebräuche entwickelt, welche für die Benützung der Emballage eine Vergütung festsetzen. So bestehen in einer Reihe von Handelszweigen Usancen[1]), nach denen der Käufer den Wert des Verpackungsmaterials ersetzen muß, wenn er dasselbe nicht binnen angemessener Frist auf seine — des Käufers — Kosten und Gefahr zurückschickt; oder der Verkäufer räumt dem Käufer den unentgeltlichen Gebrauch der Emballage z. B. im Getreidehandel der Säcke, für eine bestimmte Zeit ein, nach deren Ablauf der Käufer bestimmte Mietgebühren zu entrichten hat.

Dem Wesen dieser Bestimmungen würde man nicht gerecht werden, wollte man dieselben als einen selbständigen Mietvertrag oder als einen Vertrag mit facultas alternativa des Käufers betrachten. Es würden damit die Wirkungen wegfallen, die das den Kaufvertrag beherrschende Gebot von Treu und Glauben auch auf die Abreden bezüglich der Emballage, besonders hinsichtlich der Annahme eines die näheren Modalitäten der Emballageüberlassung regelnden Antrages ausübt. Ebensowenig haben die Bestimmungen über die Emballage als ein Teil des Kaufvertrages zu gelten; das richtige dürfte sein, hier einen Nebenvertrag anzunehmen, der dadurch mit dem Hauptvertrag in Zusammenhang steht, daß er die Erfüllung des letzteren ermöglichen soll.

Es entspricht nun auch durchaus einer kaufmännischen Übung wenn der Verkäufer die näheren Bedingungen für die Emballageüberlassung in einem

---

[1]) Vgl. Apt: Gutachten der Gebräuche im Handelsverkehr S. 242, 4; 508, I; 461, 12; 217 ff.; 316 ff. etc.

entsprechenden Vermerk in der Faktura mitteilt[1]). In einem derartigen Vermerk ist somit ein Antrag des Inhalts zu sehen, daß der Verkäufer dem Käufer die Emballage unter diesen Bedingungen zur Verfügung stelle. Schweigt der Käufer nach Empfang der Faktura längere Zeit oder läßt er die Frist, an deren Ablauf der Verkäufer bestimmte Wirkungen geknüpft wissen will, unbenützt verstreichen, so ist darin in der Regel eine Annahme des Antrages zu erblicken. Die Gründe welche die Annahme einer stillschweigenden Willenserklärung rechtfertigen, sind verschiedener Natur. Dafür spricht einmal die Usance, daß Feststellung der Modalitäten betreffs Behandlung der Emballage im Falle unterbliebener vorgängiger Beredung gewöhnlich durch einen entsprechenden Vermerk in der Faktura zu erfolgen pflegt; wollte der Käufer die in dem Fakturavermerk vorgeschlagenen Bedingungen nicht eingehen, so wäre er nach Treu und Glauben verpflichtet gewesen, seine abweichende Ansicht seinem Gegenkontrahenten mitzuteilen. Ebenso muß bei der Beurteilung des Schweigens auf einen Fakturavermerk auch der Handelsgebrauch mit herangezogen werden, daß in diesem Handelszweige für die Überlassung der Emballage eine Vergütung zu erwarten ist. Unter diesen Umständen finden wir auch in der Rechtsprechung überall der Emballageklausel Wirkung zugesprochen[2]).

---

[1]) Vgl. R.O.H.G. I, S. 122; O.L.G. Hamburg v. 27. VI. 1902 in Rechtspr. d. O.L.G. VI, S. 356.

[2]) Vgl. R.O.H.G. I, S. 127; VI, S. 167; IX, S. 208; XIX, S. 303; vgl. auch XI, S. 106; R.G. v. 1. II. 1895 in Seuff. Arch. 50, S. 263; v. 9. II. 1894 in Bolze Bd. 18, N. 447, S. 267; O.L.G. Hamburg v. 27. VI. 1902 in Rechtspr. d. O.L.G. VI, S. 356; v.

Die sich aus der stillschweigenden Annahme dieses Nebenvertrages ergebenden Ansprüche des Käufers sind selbständiger Art. Insbesondere beginnt die Verjährungsfrist nicht bereits mit den Empfang der Ware, sondern erst an dem Tage, an dem der Käufer sich nicht mehr durch Rücksendung der Emballage von diesen Ansprüchen befreien konnte. Bezüglich der Sackmiete, die besonders häufig Gegenstand des Prozesses bildet, ist noch folgendes zu sagen. Durch vorbehaltslose Annahme des Kaufpreises allein verliert der Verkäufer noch nicht seinen Anspruch auf den Mietzins[1]). Schweigt jedoch der Verkäufer so lange Zeit, daß sich ein solches Verhalten mit Treu und Glauben nicht verträgt, so hat er auf Sackmiete verzichtet[2]). Ein Verzicht auf den Mietzins dürfte auch dann vorliegen, wenn der Verkäufer auf die schließlich erfolgte Zurücksendung der Säcke längere Zeit hindurch schweigt, ohne seine Ansprüche geltend zu machen.

Wir sehen, daß die Wirksamkeit der Emballageklauseln hauptsächlich davon bedingt ist, daß in dem betreffenden Handelszweige gemäß eines Handelsgebrauches für die Emballage eine Vergütung verlangt werden kann[3]). Deshalb ist auch dort der Klausel

---

8. II. 1907 in Rechtspr. d. O.L.G. XIV, S. 375; O.L,G. Dresden v. 20. III. 1896 im Sächs. Arch. III, S. 622.

[1]) R.O.H.G. XIX, S. 303; R.G. v. 1. II. 1895 in Seuff. Arch. 50, S. 263.

[2]) R.O H.G. XIX, S. 303; R.G. v. 1. II. 1895 in Seuff. Arch. 50, S. 263.

[3]) Vgl. auch Hanausek: a. a. O. S. 53, Anm. 20 und S. 73 und Anm. 33 ff.; Ehrlich: a. a. O. S. 280; Staub: a. a. O. § 380, Anm. 6, S. 1687; Exkurs zu § 382, Anm. 122, S. 1733.

überall die Wirkung zu versagen, wo entweder ein derartiger Handelsgebrauch nicht existiert, oder wo ein bestehender Handelsgebrauch für den Käufer, weil er kein Kaufmann ist, keine Geltung hat[1]). In diesem Falle bewendet es bei der Vorschrift des § 448 B.G.B., nach welcher der Käufer zwar die Kosten der Versendung zu tragen hat, er aber nie verpflichtet ist, z. B. Sackmiete zu zahlen. Hier wäre es Sache des Verkäufers gewesen, seine Rechte beim Vertragsabschluß zu wahren. Unter diesen Umständen erscheint die Emballageklausel als Antrag zur nachträglichen Abänderung des Kaufvertrages und es haben hierauf die Grundsätze Anwendung zu finden, die im folgenden Abschnitt zu entwickeln sind. Dasselbe ist der Fall, wenn der Fakturavermerk den beim Abschluß des Vertrages vereinbarten Bestimmungen bezüglich der Emballage widerspricht[2]).

§ 7.

Wir wenden uns der Betrachtung der Fälle zu, in denen die Fakturenklauseln den bereits feststehenden Vertragsbestimmungen widersprechen. Hiebei ist im Auge zu behalten, daß mit dem Vertragsschlusse nicht nur die ausdrücklich vereinbarten Kaufbedingungen, sondern auch die mangels besonderer Festsetzung ergänzend eintretenden gesetzlichen Auslegungsbestimmungen Inhalt des geschlossenen Vertrages wurden. Diese einseitigen Fakturenklauseln, die — wie oben gesehen — auch bei der Vertragsannahme nach § 151

[1]) Vgl. O.L.G. Dresden v. 30. III. 1896 in Seuff. Arch. 53, S. 17.

[2]) Vgl. R.G. v. 23. XI. 1893 in Bolze 17, N. 468, S. 261.

B.G.B. als Anträge zur nachträglichen Abänderung des Kaufvertrages anzusehen sind, haben nicht immer dieselbe rechtliche Würdigung gefunden. Bis zu dem am Anfang der 70er Jahre erfolgten einschneidenden Eingreifen des Reichsoberhandelsgerichts in dieser Materie stimmte die deutsche Gerichtspraxis im wesentlichen mit der noch jetzt in Frankreich, Italien und Österreich herrschenden überein. Man stellte allgemein den Satz auf: Der Inhalt der Faktura, welche verkaufte Waren begleitet gilt als genehmigt, insofern sich der Empfänger der Warensendung nicht rechtzeitig gegen denselben verwahrt[1]). Die französische und italienische Praxis können sich dabei auf die Bestimmung des code de commerce: titre VII Art. 109: stützen: les achats et ventes se constatent ... par une facture acceptée[2]).

Früher hatte dieser Satz jedenfalls seine Berechtigung, als der Verkäufer die Faktura in doppelten Exemplaren ausstellte, der Empfänger das eine Exemplar mit seiner Unterschrift versehen dem Verkäufer zurückschickte und dadurch die Faktura anerkannte[3]). Ob man bei den modernen Verkehrsverhältnissen, die sich mit der einfachen Ausfertigung der Faktura begnügen, noch von einer anerkannten Faktura nur deswegen sprechen kann, weil der Käufer von einer

---

[1]) Vgl. Ehrlich: a. a. O. S. 284; Gareis in Endemanns Handbuch des Handelsrechts II, S. 683, Anm. 53; Sraffa: a. a. O. S. 36 ff.

[2]) Vgl. auch codice di commercio, Art. 44, sowie die entsprechenden Bestimmungen in den Prozeßordnungen: code de procedure civile, Art. 420 und codice di procedura civile, Art. 91.

[3]) Vgl. Thaller: Traité élementaire de droit commercial S. 1056 sowie Sraffa: a. a. O. S. 35.

Beanstandung Abstand genommen hat, mag dahin gestellt bleiben[1]); es wird diese Ansicht auch in der betreffenden Literatur scharf bekämpft[2]). Aber immerhin haben die französischen und italienischen Gerichte diese Anlehnung in dem Gesetz[3]). In dem allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuch fehlte jedoch eine derartige Bestimmung und wenn trotzdem die älteren deutschen und österreichischen Urteile sowohl im Ergebnis wie in der Begründung mit den französischen Urteilen übereinstimmen, so ist dies wohl auf französische Einflüsse zurückzuführen[4]); besonders bestimmt wird der oben angeführte Satz in einem Urteil des Rheinischen Appellationsgerichtshofes in Cöln[5]) ausgesprochen, in welchem der Klausel bezüglich des Erfüllungsortes Wirkung zugesprochen wird, in der Erwägung:

„Daß, da in solchem Geschäftsverkehr die Faktura über käuflich gelieferte Waren nach der allgemeinen Auffassung der Kaufleute die Bestimmung hat, für einen abgeschlossenen Kaufvertrag die Ware und den Preis sowie die etwaigen vertraglichen Nebenberedungen für die Kontrahenten schriftlich zu fixieren, in der widerspruchslosen Annahme auf Seiten des Käufers die Genehmigung ihres Inhaltes zu finden ist;

daß das gedachte Wesen der Faktura die An-

---

[1]) Vgl. Ehrlich: a. a. O. S. 282.

[2]) Vgl. Sraffa: a. a. O. S. 34ff.

[3]) Vgl. S. 40 Anm. 2.

[4]) Vgl. Ehrlich: a. a. O. S. 283.

[5]) v. 28. XII. 1870 in Zeitschr. für das gesamte Handelsrecht XXIII, S. 532; vgl. auch Handels-Appellationsgericht Nürnberg v. 13. VII. 1868 in Zeitschr. für das gesamte Handelsrecht XXIII S. 532.

nahme nicht zuläßt, daß ein solcher Vermerk . . . nur einen Antrag darstelle und es einer ausdrücklichen Annahme dieses Antrages oder dieser Propositionen bedürfe, widrigenfalls der Antrag als abgelehnt gelte;

daß der durch die widerspruchslose Annahme erfolgenden Genehmigung der Faktura gegenüber auf Behauptungen und Beweiserbieten über angebliche Verabredungen abweichenden Inhalts nicht zurückgegangen werden darf."

Der in diesem Urteil besonders scharf ausgesprochene Satz, der die Faktura zu einem besonderen Rechtsinstitut macht[1]), hält wohl kaum einer Prüfung auf seine Berechtigung stand[2]). Der Aussteller der Faktura hat nicht das mindeste Interesse daran, sofort zu erfahren, ob der Käufer die in der Faktura gemachten Anträge bezüglich des Erfüllungsortes, Reklamationsfrist etc. genehmigt oder nicht; hängt doch die Giltigkeit des der Faktura zu grundeliegenden Vertrages, die Wirksamkeit der Leistung keines von der Genehmigung oder Nichtgenehmigung der Fakturavermerke ab. Wollte der Verkäufer auch über diese Punkte Gewißheit, so hätte er darüber bei Abschluß des Kaufvertrages Vereinbarungen treffen können. Dagegen bedeutet die Einführung sowohl der Pflicht zur Prüfung der Faktura wie die Pflicht zur ungesäumten Rüge nicht entsprechender Vermerke nicht etwa bloß eine — nicht einmal durch das berechtigte Interesse des Verkäufers gebotene — Belästigung des Käufers, sondern sie hat häufig eine höchst ungerechte Behandlung desselben zur Folge, beraubt ihn seines

[1]) Vgl. Ehrlich a. a. O. S. 279; Straffa: a. a. O. S. 37.
[2]) Ehrlich: S. 285.

Gerichtsstandes, nimmt ihm das Recht, später entdeckte Mängel geltend zu machen. Diese Fakturenpraxis enthält eine große Bevorzugung des Verkäufers auf Kosten des Käufers, besonders der Großhändler, welche stets Fakturen ausstellen gegenüber dem Publikum und Detaillisten, welche nie oder fast keine Fakturen ausstellen. Sie gestattet ihnen ganz einseitig, den ihnen unbequemen Gerichtsstand des Käufers durch das forum contractus zu ersetzen, die Reklamationsfrist abzukürzen etc. Dazu tritt noch folgende Erwägung: Der Fall einer formellen Rüge ist ziemlich selten und es läge darin eine große Härte, wollte man den Verzicht auf den großen Vorteil, am eignen Wohnsitz verklagt zu werden, in der doch immerhin nur untergeordneten Tatsache der widerspruchslosen Annahme der Faktura erblicken, die bestimmungsgemäß nur die Aufgabe hat, eine Aufstellung der gelieferten Waren und den Preis derselben zu enthalten[1]).

Es muß daher als ein großes Verdienst des Reichsoberhandelsgerichts bezeichnet werden, daß es mit dieser spezifischen Fakturenpraxis gebrochen hat[2]). Hauptsächlich in zwei bemerkenswerten Urteilen wendet es sich gegen jenen präsumierten Handelsgebrauch und dessen Konsequenzen[3]). Es läßt ihm zwar die Giltigkeit, insofern er dem Käufer die Pflicht auferlegt, den Verkäufer nicht darüber in Ungewißheit zu lassen, ob er dessen Propositionen in betreff der erst festzustellenden Modalitäten des Kaufvertrages genehmigt oder nicht. Aber keineswegs könne dieser

[1]) Vgl. Note zu D. alloz 49, II, 55; Ehrlich: a. a. O. S. 286.

[2]) Vgl. Ehrlich: a. a. O. S. 285; Sraffa: a. a. O. S. 34.

[3]) R.O.H.G. V, S. 32 und XXII, S. 144.

Gebrauch dem Teil der Faktura zur Geltung verhelfen, der darauf hinausläuft, dem andern Kontrahenten die Zustimmung einer Wiederaufhebung oder Abänderung des vorher geschlossenen und in seinen Modalitäten festgestellten Vertrages zuzumuten. Hier tritt vielmehr der Grundsatz ein, daß aus einem Stillschweigen nicht ohne weiteres ein Genehmigen geschlossen werden darf. Sofern sich also der Verkäufer nur auf das Schweigen des anderen Kontrahenten beruft, kann auf eine Genehmigung der dem Vertrag widersprechenden Vermerke nicht geschlossen werden. Wenn der Käufer einen auf Abänderung der bestehenden Vertragsverhältnisse gerichteten ausdrücklichen Antrag durch Stillschweigen ablehnen kann, so muß dies doch noch in einem höherem Maße gelten, wenn der Antrag in einem Fakturenvermerk enthalten ist, von dem nicht einmal feststeht, ob ihn der Käufer überhaupt gekannt hat.

Auch das Reichsgericht hat sich dieser vom Reichsoberhandelsgericht festgehaltenen Praxis angeschlossen[1]). Man kann behaupten, daß die jetzt im Deutschen Reiche geübte Praxis dem Wesen und der Bedeutung der widersprechenden Fakturenvermerke entspricht. Bei den Vermerken, welche die Höhe des Preises erst fixierten, war auf Seite des Verkäufers das berechtigte Interesse an einer baldigen Kenntnis von der Preisgenehmigung zu schützen, dem auf Seite des Käufers durch ein redliches Verhalten genügt werden muß[2]). Bei den Emballageklauseln erforderte das durch die Überlassung der Emballage bezeugte

[1]) Vgl. R.G. V, S. 394.
[2]) Vgl. oben § 5.

Entgegenkommen an den Käufer ein entsprechendes Verhalten auf seiten des Empfängers[1]). Dagegen läßt sich zu gunsten der Wirksamkeit der dem Vertrage widersprechenden Vermerke kein Grund ausfindig machen. Das nähere werden wir bei der Besprechung der einzelnen Fakturavermerke sehen.

A) Der weitaus wichtigste und häufigste Vermerk ist derjenige, welcher sich auf den Erfüllungsort bezieht. Da mangels besonderer Abrede der in § 269 B.G.B. bestimmte Erfüllungsort eintritt, so haben wir in der Bestimmung eines anderen Erfüllungsortes in der Faktura einen Vermerk zu sehen, der einen Antrag zur nachträglichen Abänderung des bereits perfekten Kaufvertrages enthält. Die Bestimmung eines besonderen Zahlungsortes hat nach deutschem Recht keinen Einfluß auf den Erfüllungsort[2]) und demgemäß auch keinen Einfluß auf den Gerichtsstand, dessen Änderung meist der Zweck eines den Erfüllungsort betreffenden Vermerkes ist. Nach allgemeinen Grundsätzen läßt sich in dem Schweigen nach erfolgter unbeanstandeter Entgegennahme der Faktura kein Grund finden, der das Vorhandensein einer stillschweigenden Annahmeerklärung rechtfertigen könnte.

Einem solchen Vermerke ist daher die Geltung zu versagen, wenn dieselbe nur auf das Schweigen allein gestützt wird[3]). Besonders bemerkenswert sind

---

[1]) Vgl. oben § 6.

[2]) Vgl. § 270, IV B.G.B.; anders § 88 der österreichischen Jurisdiktionsnorm und die in Anm. 2 zitierten Vorschriften des französischen und italienischen Rechts.

[3]) Vgl. Dernburg: a. a. O. II, 1, § 53, 1; Örtmann: a. a. O. § 269, Anm. 1; Staub: a. a. O. Exkurs zu § 72, Anm. 34, S. 1423; Düringer-Hachenburg a. a. O. Anhang zu §§ 358 u. 359, II, S. 392;

in diesem Zusammenhange zwei Urteile[1]), durch welche österreichischen Urteilen das Vollstreckungsurteil versagt wurde. Die im Deutschen Reiche durch das einschneidende Eingreifen des Reichsoberhandelsgerichtes unterbrochene Entwicklung ist in Österreich weitergegangen und hat wenigstens vorläufig in § 88 der österreichischen Jurisdiktionsnorm[2]) ihren vorläufigen Abschluß gefunden. Da aber das deutsche Recht den Fakturengerichtsstand mit vollem Recht nicht anerkennt, so mußte beiden Urteilen nach

---

vgl. auch R.O.H.G. V, S. 32; XXII, S. 145; R.G. v. 5. VI. 1886 in Bolze III, N. 699, S. 204 = Jurist. Wochenschr. 1886, S. 231, N. 23; v. 2. V. 1891 in Bolze XII, N. 242, S. 132 und N. 272, S. 146 und N. 642, S. 352; v. 10. X. 1896 in Bolze XXIII, N. 349, S. 177; Bd. 52, 134; 59, 351; 65, 330; O.L.G. Celle v. 14. XII. 1879 in Seuff. Arch. 35, S. 454; O.L.G. Hamburg v. 13. X. 1884 in Seuff. Arch. 42, S. 234; O.L.G. Jena v. 25. IV. 1904 in Warneyers Handbuch der Entscheidungen IV, S. 276, N. 32; abw. Cosack: Lehrbuch des Handelsrechtes § 23, 3, S. 130.

[1]) Vgl. R.G. 65, S. 331 und O.L.G. Hamburg v. 13. X. 1884 in Seuff. Arch. 41, S. 234.

[2]) § 88 lautet: Klagen auf Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Vertrages, auf Erfüllung oder Aufhebung desselben, sowie auf Entscheidung wegen Nichterfüllung oder nicht gehöriger Erfüllung können bei dem Gericht des Ortes erhoben werden, an welchem der Vertrag nach schriftlicher Übereinkunft der Parteien vom Beklagten zu erfüllen ist; in demselben muß enthalten sein, daß durch die Begründung des Erfüllungsortes auch die Berechtigung zur Klage an diesem Orte begründet ist.

Unter Personen, welche ein Handelsgewerbe betreiben, wird der Gerichtsstand des Erfüllungsortes auch durch die unbeanstandet gebliebene Annahme einer zugleich mit der Ware oder schon vor Einlangen derselben übersendeten Faktura begründet, welche mit dem Vermerk versehen ist, daß die Zahlung an einem bestimmten Orte zu leisten ist und daß an demselben Orte die Klagen aus dem Geschäfte angebracht werden können.

§ 328 Z.P.O. das Vollstreckungsurteil verweigert werden.

Verschiedentlich betrachtete man die wiederholte Aufnahme eines auf den Erfüllungsort sich beziehenden Vermerkes während der Dauer einer Geschäftsverbindung als einen Umstand, der in Verbindung mit dem Schweigen die Annahme einer stillschweigenden Genehmigung rechtfertigen würde[1]). Dem ist jedoch nicht beizustimmen. Denn kann in jedem einzelnen Falle hinsichtlich des betreffenden Geschäftes aus dem Schweigen des Empfängers der Faktura kein für ihn nachteiliger Schluß gezogen werden, so muß dies auch bei fortgesetzten Warenbestellungen und Warenlieferungen gelten; der Vermerk, der für die früheren Geschäfte bedeutungslos war, kann auf die jetzt abgeschlossenen Geschäfte keine Bedeutung gewinnen und der Empfänger der Rechnung, welcher bei früheren Geschäften den Vermerk nicht zu beachten brauchte, ist nicht verpflichtet; ihn bei dem vorliegenden Geschäft zu beachten. Aus diesen Gründen wird auch der wiederholt aufgenommene Fakturavermerk von der herrschenden Ansicht als unbeachtlich erklärt[2]). Allerdings kann die fortgesetzte Aufnahme desselben Fakturenvermerkes als ein wichtiges Glied in der Be-

[1]) Vgl. Dernburg: a. a. O. II, 1, § 53, Anm. 1; Örtmann; a. a. O. § 269, 1, Anm. 1; ebenso das Kammergericht in dem vom R.G. Bd. 52, S. 135 revidierten Urteil; vgl. auch Makower: a. a. O. I, 2, § 346, III, 4, S. 918.

[2]) Vgl. R.G. v. 2. V. 1891 in Bolze XII, N. 242, S. 132 und Nr. 272, S. 146 und N. 642, S. 352; v. 19. III. 1898 in Holdheims Monatsschrift VII S. 275; v. 28. XI. 1902 in Jurist. Wochenschrift 1903, Beilage S. 15 [32]; v. 6. III. 1903 in Holdheims Monatsschrift XII, S. 165; O.L.G. Hamburg in Rechtspr. d. O.L.G. 13, S. 78; vgl. auch Staub: a. a. O. Exkurs zu § 372, Anm. 60 u. 34.

weiskette erscheinen, wenn der Verkäufer mit der Behauptung auftritt, es sei beim Abschluß des Vertrages ein bestimmter Erfüllungsort stillschweigend vereinbart worden. Doch berechtigt der Umstand allein, daß in zahlreichen früheren Fällen die nachträglich übersandte Rechnung denselben Vermerk bezüglich des Erfüllungsortes enthielt, noch nicht zu dem Schlusse, daß er für das neuabgeschlossene Geschäft gemeldet und stillschweigend genehmigt sei[1]). Dies ist umso weniger anzunehmen, als die Rechtsprechung auf dem Gebiete der Fakturaklauseln zahlreichen Kaufleuten bekannt ist und diese es aus diesem Grunde unterlassen, gegen derartige Vermerke Einspruch zu erheben[2]).

B) Dieselben Gesichtspunkte haben Anwendung zu finden, wenn es sich um Fakturavermerke handelt, welche die Zahlungsmodalitäten betreffen. Doch hat man hiebei eine Unterscheidung zu machen zwischen den Vermerken, welche den Verabredungen oder den in diesem Handelszweige für die Zahlungsweise geltenden Handelsgebräuchen widersprechen und denen, welche den Käufer günstiger stellen als dies nach den gesetzlichen Bestimmungen oder den Vorschriften des Handelsgebrauches der Fall wäre. Die unbeanstandete Entgegennahme der Faktura vermag natürlich den ersteren ebensowenig zur Geltung verhelfen wie dies bei Klauseln über den Erfüllungsort der Fall ist. Aber wenn auch die Vermerke durch die widerspruchslose Entgegennahme der Faktura keine Gültigkeit er-

[1]) Vgl. O.L.G. Kiel v. 13. III. 1905 in Warneyers Jahrbuch IV. S. 276, N. 34.

[2]) Vgl. Düringer-Hachenburg: a. a. O. Anhang zu §§ 358, 359, II. S. 392.

langen, so verpflichtet doch das Gebot von Treu und Glauben in manchen Fällen den Käufer, sich über einen aufgenommenen Vermerk dem Verkäufer gegenüber zu äußern, widrigenfalls er für den durch das Schweigen dem Verkäufer zugefügten Schaden verantwortlich gemacht werden kann. Dies ist hauptsächlich der Fall bei dem Vermerke: „Betrag wird per Tratte entnommen werden.“ Nach Apt[1]) ist der Käufer erst dann verpflichtet, die Protestkosten wegen Nichtannahme des Wechsels zu zahlen, wenn in dem Vermerke gleichzeitig eine Frist zur Widerspruchserklärung gesetzt war. Nach anderer Ansicht[2]) begründet dieser Vermerk stets die Ersatzpflicht für die Protestkosten.

Das Richtige liegt meines Erachtens auch hier in der Mitte. Was hier dem Vermerke eine erhöhte Bedeutung verleiht ist das Gebot von Treu und Glauben, welches fordert, daß dem anderen Kontrahenten nicht unnötige Kosten verursacht werden. Findet also der Käufer den oben angegebenen Vermerk in einer Faktura, so ist er nach Treu und Glauben verpflichtet, dem Verkäufer seine Absicht, den Wechsel nicht akzeptieren zu wollen, mitzuteilen, widrigenfalls der Verkäufer zu der Annahme berechtigt ist, daß der Käufer den Wechsel annehmen wolle. Es muß somit in dem Schweigen des Käufers eine konkludente Willenserklärung erblickt werden. Von diesem Gesichtspunkte aus läßt sich die oben angeführte Kontroverse entscheiden. Die Ersatzpflicht der Protestkosten ist dann

[1]) Vgl. Apt: a. a. O. S. 196.

[2]) Vgl. Staub: a. a. O. § 346, Anm. 14, S. 1144; Riesenfeld: Breslauer Handelsgebräuche S. 66; Makower: a. a. O. I, 2, § 346, III, 4. S. 919.

gegeben, wenn die stillschweigende Willenserklärung dem Verkäufer zugegangen ist und dieser erst jetzt den Wechsel auf den Käufer zieht. Die Erklärung des Käufers wird als zugegangen zu erachten sein, wenn die Zeit verflossen ist, in der nach den Verkehrsverhältnissen das Eintreffen einer rechtzeitigen widersprechenden Antwort zu erwarten war. Deshalb kann sehr wohl der besprochene Vermerk eine Protestkostenersatzpflicht begründen, auch wenn keine Frist zur Widerspruchserklärung gestellt war. Denn auch hier ist das durch das Schweigen des Käufers hervorgerufene Vertrauen des Verkäufers zu schützen, während umgekehrt die Verweigerung des Akzeptes eines nach Ablauf der in der Faktura bestimmten Frist ausgestellten Wechsels diese Ersatzpflicht nicht herbeiführen kann, weil in der gesetzten Frist das Eintreffen der widersprechenden Antwort nicht erwartet werden konnte. Dagegen begründet dieser Vermerk in keinem Falle die Ersatzpflicht, wenn die Tratte gleichzeitig mit der Ausstellung der Faktura in Umlauf gesetzt wurde. Hier würde zur Abwehr eines darauf gerichteten Ansinnens des Verkäufers der Hinweis genügen, daß in dem zugrundeliegenden Kaufvertrage über die Zahlungsmodalitäten nichts — hier treten dann die gesetzlichen Vorschriften ein — oder wenigstens keine Berichtigung des Kaufpreises durch Wechsel vereinbart sei. Auch hier ist hervorzuheben, daß dieser Vermerk nicht deshalb erhöhte Bedeutung gewinnt, weil er in der Faktura aufgenommen sei. Die Beurteilung dieses Vermerkes würde nicht eine andere sein, wenn sich die Ankündigung der Trassierung etwa in einem anderen Schreiben vorfinden würde.

Werden die Fakturavermerke auch noch nicht durch die unbeanstandete Annahme der Faktura zum Inhalt des Vertrages, so können sie es doch jederzeit werden durch Annahme der in denselben enthaltenen Anträge seitens des Käufers. Die Annahme kann sich vollziehen sowohl durch Willenserklärung wie auch durch Willensgeschäft, da wir in den Fakturavermerken Anträge zu erblicken haben, bei welchen auf eine ausdrückliche Annahme verzichtet worden ist. Als Regelfall ist wohl die Annahme nach § 151 B.G.B. anzunehmen. Nimmt der Käufer jedoch den Antrag durch Willensgeschäft an, so ist damit der Antrag in seinem ganzen Umfange angenommen. Macht z. B. der Käufer von der in dem Vermerk: „Bei Wechsel auf Nebenplätze lehne ich jede Verantwortung wegen Protest oder Verspätung ab“ enthaltenen Befugnis, den Kaufpreis durch Wechsel berichtigen zu können, Gebrauch, so entbindet er damit gleichzeitig auch den Verkäufer von der Verpflichtung zur rechtzeitigen Präsentierung und Protestierung der Wechsel, falls dieselben in Nebenplätzen zahlbar sein sollten[1])

In demselben Maße wie andere Korrespondenzen eignet sich auch die Faktura zur Mitteilung von Vollmachtserteilungen oder Beschränkungen der gesetzlichen Vollmacht. Namentlich letztere, in Klauseln ausgedrück wie: „Zahlungen können nur direkt an die Firma geleistet werden“ oder „Meine Reisenden sind zur Empfangnahme von Zahlungen nicht ermächtigt“ finden sich in den Fakturen überaus häufig und vermögen auch die vom Gesetze an diese Mitteilungen geknüpften rechtlichen Folgen hervorzurufen[2]).

[1]) Vgl. R.O.H.G. XVII, S. 269.

[2]) Vgl. Ehrlich: a. a. O. S. 278 und Anm. 3.

C) Die Vermerke, welche dazu dienen sollen, die Reklamationsbefugnisse des Käufers einzuschränken, wurden abweichend von der Behandlung der unter A) und B) besprochenen und unter D) noch zu besprechenden Vermerken, schon in der älteren deutschen Gerichtspraxis angesichts der für den Käufer schwerwiegenden Nachteile meist als unwirksam angesehen[1]); seit dem oben geschilderten Eingreifen des Reichsoberhandelsgerichts ist dies die allein herrschende Praxis geworden[2]). Durch derartige Vermerke können die gesetzlichen oder vertraglich vereinbarten Reklamationsbefugnisse nicht eingeschränkt werden. Dies gilt nicht nur von den Vermerken, welche dem Käufer eine kürzere Reklamationsfrist setzen, sondern insbesondere auch von denen, welche die Geltendmachung von Mängeln an gewisse erschwerende Bedingungen geknüpft wissen wollen. So kann z. B. der Käufer Gewichtsmängel trotz der Klausel: „Nur bahnämtlich konstatierte Gewichtsabgänge werden berücksichtigt" geltend machen, wenn sich das Mindergewicht erst bei der Abladung herausstellt, also eine amtliche Konstatierung nicht mehr möglich ist. Die Reklamationsklausel auf einer der mir vorliegenden Rechnungen lautet: Reklamationen werden nur binnen 3 Tagen nach Erhalt der Ware berücksichtigt und bei Bahnsendungen nur dann, wenn dieselben vor Abfuhr

---

[1]) Vgl. Ehrlich: a. a. O. S. 280, Anm. 8 sowie die dort angegebene Judikatur.

[2]) Vgl. R.O.H.G. I, S. 88; VI, S. 77; R.G. v. 1. VI. 1886 in Bolze III, S. 201, N. 691; v. 19. XI. 1887 in Bolze V, N. 650, S. 256; O.L.G. Dresden in Seuff. Arch. 56, S. 59; O.L.G. Hamburg v. 10. V. 1900 in Rechtspr. d. O.L.G. 1, S. 247 und v. 29. V. 1905 im Recht 1905, S. 596, N. 2503.

von der Bahn erfolgen. Die Wirksamkeit dieser Klausel bei unbeanstandeter Entgegennahme der Faktura vorausgesetzt, wären diese für den Verkäufer ein brauchbares Mittel, um sich jeder Mängelhaftung zu entziehen.

Über die Bedeutung der die Befugnisse des Käufers einschränkenden Klauseln herrscht in Literatur und Praxis keine Meinungsverschiedenheit [1]). Doch darüber, ob eine dem Käufer erweiterte Befugnisse einräumende Klausel von diesem angenommen werden kann, herrscht, wie schon oben hervorgehoben [2]), Streit. An dieser Stelle sei nur meine Ansicht kurz wiederholt:

Eine innerhalb der in der Faktura angegebenen Reklamationsfrist vollzogene Mängelrüge ist vollgültig, wenn der Wortlaut des Vermerkes den Willen des Verkäufers, eine erweiterte Frist zuzugestehen, erkennen läßt. Sicherlich liegt eine solche Erweiterung der Befugnisse in dem Vermerke: „Reklamationen sind binnen 14 Tagen zu machen", wenn auch nach dem ordnungsmäßigen Geschäftsgang eine frühere Untersuchung auf Mängel und Mängelanzeige notwendig wäre. Dasselbe gilt von dem Vermerke: „Nach Ablauf von 14 Tagen eintreffende Beanstandungen bleiben unberücksichtigt." Dagegen ist es zweifelhaft, ob eine solche Erweiterung in dem Vermerke liegt: Eventuelle Reklamationen werden nur innerhalb 14 Tage berücksichtigt. Jedoch ist m. E. hier eine dem die gesetzliche Frist versäumenden Käufer günstige Auslegung geboten, weil er ohne die Aufnahme einer solchen

[1]) Vgl. Düringer-Hachenburg: a. a. O. § 377, V, S. 288, sowie Anm. 30.

[2]) Vgl. § 3 S. 27 Anm. 1—3.

Klausel seitens des Verkäufers wohl kaum diese Frist versäumt hätte, andrerseits es Sache des Verkäufers wäre, durch eine genauere Fassung des Vermerkes die irrige Meinung des Käufers auszuschließen[1]).

D) Es erübrigt nun noch die Besprechung der Emballgeklauseln, soweit sie sich als Anträge zur nachträglichen Abänderung des Kaufvertrages darstellen. Dies ist vor allem dann der Fall, wenn bereits beim Abschluß des Vertrages die Modalitäten über die Emballage vereinbart wurden. Hier ist die Unwirksamkeit dieses Vermerkes anzunehmen, selbst wenn das Verhalten des Käufers unter den in § 6 angegebenen Verhältnissen den Schluß auf die Annahme dieses Vermerkes rechtfertigen würde. Es verbleibt bei der ursprünglichen Verabredung[2]). Dagegen treten die gesetzlichen Vorschriften ein, wenn der Handelsgebrauch, welcher eine besondere Vergütung für die Überlassung der Emballage festsetzt, für den Käufer keine Gültigkeit hat[3]). Nach § 448 B.G.B. hat der Käufer die Kosten der Versendung zu tragen. Er ist verpflichtet dem Verkäufer den Wert der Emballage zu ersetzen[4]). Dagegen kann er nicht zur Bezahlung von Sackmiete gezwungen werden; überhaupt kann ihn die vorbehalt-

---

[1]) Vgl. O.L.G. Hamburg v. 29. V. 1905 im Recht 1905, N. 2503, S. 596; O.L.G. Dresden v. 19. IX. 1899 in Seuff. Arch. 56, S. 59 und Sächs. Arch. Bd. 9, S. 249, sowie die S. 27 Anm. 3 angegebene Judikatur.

[2]) Vgl. R.G. v. 23. XI. 1893 in Bolze 17, N. 468, S. 261.

[3]) Vgl. O.L.G. Dresden v. 30. III. 1806 in Seuff. Arch. 53, S. 17.

[4]) Vgl. Örtmann: a. a. O. § 448, Anm. 1, Abs. 4, S. 350; Planck: a. a. O. § 448, S. 352; Staub: a. a. O. Exkurs zu § 382, Anm. 120ff., S. 1782.

lose Annahme der Faktura in Verbindung mit einem dauerndem Schweigen nicht dazu verpflichten, eine über das Maß der gesetzlichen Vorschriften hinausgehende Entschädigung an den Verkäufer zu zahlen. Wohl kann aber auch ein Käufer, für den bestehende Handelsgebräuche nicht gelten, von den in den Fakturavermerken liegenden Begünstigungen Gebrauch machen. Er wird insbesondere in der Lage sein, entsprechend der Fakturaklausel die Verpackung zurückzuschicken, wogegen der Verkäufer das in der Faktura angegebene Äquivalent zu leisten hat[1]). Denn auch hier steht der Annahme dieses Antrages seitens des Käufers nichts im Wege.

Zum Schlusse dieses Paragraphen ist noch die Frage zu erörtern, ob der Käufer berechtigt oder verpflichtet ist, die Leistung deshalb zurückzuweisen, weil sich in der Faktura ein vertragswidriger Vermerk vorfindet. Die Antwort ergibt sich aus dem Ausgeführten von selbst und die gegenteilige Ansicht, daß der Käufer aus diesem Grunde zur Annahmeverweigerung berechtigt geschweige denn verpflichtet wäre, ist meines Wissens niemals behauptet worden. Diese letztere Ansicht würde zu der Konsequenz führen, daß die Einsetzung eines derartigen Vermerkes den Verkäufer in Schuldnerverzug bringen könnte und ihn den Nachteilen der Verzuges aussetzen. Zu noch widersinnigeren Resultaten würde diese Ansicht bei einem Fixgeschäfte führen[2]). Trotz rechtzeitiger Lieferung einwandfreier Ware wäre der Käufer berechtigt die Leistung als

---

[1]) Vgl. Hanausek: a. a. O. S. 73, sowie Anm. 34; Ehrlich: Jurist. Blätter 1887, S. 389 ff.

[2]) Vgl. Hanausek: a. a. O. S. 30 und Anm. 7.

nicht gehörige Leistung zu betrachten und statt der Erfüllung Schadenersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen. Zu einer solchen Ansicht nötigt nicht einmal das Interesse des Käufers. Denn durch die Annahme der Faktura und Ware wird er in seinen Rechten meist überhaupt nicht beeinträchtigt, nur in seltenen Fällen begründet der Fakturavermerk eine Antwortpflicht.

§ 8.

Wir wenden uns nunmehr der Würdigung der Fakturaklauseln zu, wenn der Warensendung kein perfekter Kauf zugrunde liegt. Die Faktura ist hier mangels eines besonderen Offertschreibens — dies dürfte der Regelfall sein — als Antrag zu einem Kaufvertrage zu behandeln. Ob dieser Antrag nur durch ausdrückliche Willenserklärung angenommen werden kann oder ob hier auch für die Vertragsannahme nach § 151 B.G.B. Raum ist, hängt ganz vom konkreten Einzelfall ab. Ebenso ist die Frage, wielange der Antragsteller an seinen Antrag gebunden ist, nur an der Hand des einzelnen Falles zu entscheiden. Daß der Antragsteller auch an die einzelnen Angaben in der Faktura gebunden ist, erscheint als selbstverständlich, solange er an seinen Antrag gebunden ist[1]).

Nach der sächsischen Rechtsprechung, die bis 1875 ziemlich konsequent aufrecht erhalten wurde[2]), be-

---

[1]) Vgl. Hanausek: a. a. O. S. 142 ff.; Ehrlich: in Jurist. Blätter S. 389 ff.

[2]) O.App.G. Dresden v. 3. IX. 1869 in Zeitschr. f. d. ges. Handelsrecht XXIII, S. 527 und v. 1. VII. 1868 zit. S. 528, sowie die bei Ehrlich: Stillschw. Willenserklärung S. 177, Anm. 11 angegebene Judikatur.

gründete die Zusendung unbestellter Ware mit Verkaufsrechnung auf Seite des Empfängers die Pflicht, dieselbe in angemessener Frist zur Disposition zu stellen, da sonst das Stillschweigen als Annahme des in der Zusendung liegenden Verkaufsanerbietens zu gelten habe. Nach Ehrlich[1]) haben wir es hier nicht mit einem Handelsgebrauch im modernen Sinne zu tun, sondern mit einem Überrest des früheren Standesrecht der Kaufleute. Hiermit hat aber das Reichsoberhandelsgericht ebenfalls aufgeräumt, so daß jetzt nur noch auf dem Gebiete des § 362 B.G.B. eine solche Antwortpflicht besteht[2]). Nach modernem Rechte begründet also die Zusendung unbestellter Ware keine derartige Pflicht zur Dispositionsstellung mehr[3]). Es steht ganz in freiem Belieben des Antragsempfängers, ob er den Antrag annehmen will oder nicht. Hat er jedoch den Antrag ausdrücklich oder nach § 151 B.G.B. angenommen, so sind damit auch sämtliche Fakturenklauseln Inhalt des Vertrages geworden. Der nunmehrige Käufer wird also — um nur einiges hervorzuheben — verpflichtet sein, den in der Faktura genannten Kaufpreis zu zahlen, den Preis in der vorgeschriebenen Weise zu berichtigen, die in der Faktura gesetzte Reklamationsfrist einzuhalten, den für die Emballage eingesetzten Wert zu ersetzen. Auch ist die Vereinbarung des Erfüllungsortes und damit des Gerichtsstandes gültig; der Käufer kann an dem Gerichtsstand des Verkäufers belangt werden[4]). Doch ist wohl zu unterscheiden,

---

[1]) Ehrlich: a. a. O. S. 177.

[2]) R.O.H.G. 18. S. 242 ff. = Seuff. Arch. 32, S. 98.

[3]) Bülow in Arch. für zivilist. Praxis Bd. 62, S. 81, Anm. 65.

[4]) Hanausek: a. a. O. S. 144, sowie O.L.G. Dresden v. 3. VI. 1898 in Seuff. Arch. 51, S. 122.

ob der Antrag als solcher angenommen wurde oder ob die Zusendung der Ware nur den Anlaß zu Unterhandlungen geboten hat, die zu einem Vertragsabschluß führten. Inwieweit die Bestimmungen des Antrages auch auf den geschlossenen Vertrag Einfluß hatten, ist wiederum Tatfrage und nicht immer erhalten dann hier die Fakturaklauseln die oben angegebene Bedeutung[1]).

Bisher ist der immerhin nicht gerade häufige Fall behandelt, daß die Ware dem Antragsempfänger zugeschickt wurde, ohne daß dieser mit dem Absender jemals in einer geschäftlichen Beziehung gestanden hat. Bestand bereits eine längere Geschäftsverbindung zwischen beiden, so modifizieren sich die beiderseitigen Rechte und Pflichten. Hat der Verkäufer schon öfter und in regelmäßigen Zwischenräumen dem Käufer gleiche oder ähnliche Zusendungen gemacht, und hat dieser die Anträge regelmäßig angenommen, so ist m. E. der Empfänger verpflichtet, dem Absender seinen Willen mitzuteilen, wenn er einmal den Antrag nicht annehmen wollte. Auf der andern Seite können die Fakturavermerke nicht dieselbe unbedingte Bedeutung beanspruchen, wenn früher unter bestimmten Bedingungen gekauft wurde und nun auf einmal in der Faktura bisher nicht gebräuchliche Bestimmungen sich vorfinden. Doch ist es unmöglich, im allgemeinen die Wirkungen festzustellen, welche durch das Gebot von Treu und Glauben hier hervorgerufen werden.

Eine außerordentlich häufige Erscheinung des Handelsverkehrs ist es ferner, daß der Verkäufer

[1]) Vgl. R.G. v. 4. VII. 1902 in Holdheims Monatsschrift VII, S. 276.

gleichzeitig mit der bestellten Ware auch unbestellte dem Käufer sendet. Für die hierdurch dem Käufer erwachsenden Rechte und Pflichten ist zunächst § 378 B.G.B. maßgebend, wonach die Vorschrift des § 377 über sofortige Mängelanzeige auch dann Anwendung findet, wenn eine andere als die bedungene Ware oder eine andere als die bedungene Menge geliefert ist. Der Käufer ist also verpflichtet, die Mehrlieferung unverzüglich zu rügen. Unterläßt er die Rüge, so gilt die Ware als genehmigt[1]). Daß in letzterem Falle auch bezüglich der mehrgelieferten Ware die Modalitäten des ursprünglichen Vertrages, nicht die Fakturaklauseln maßgebend sind, folgt aus dem Gesetze selbst, das das nunmehr bestehende Rechtsverhältnis nicht als ein neues, sondern als das ursprüngliche selbst betrachtet wissen will.

Ob der Käufer berechtigt ist, wegen der Mehrlieferung die ganze Leistung zurückzuweisen, hängt von der Teilbarkeit der Leistung ab[2]). Teilbarkeit der Leistung liegt vor, wenn bei Vornahme der Trennung des Bestellten vom Mehrgelieferten jedes von beiden in einem dem Verhältnis der Teilmenge zur Gesamtmenge entsprechenden Wertverhältnis zum Gesamtwert bleibt. Hierbei ist zu beachten, daß der Wert des bestellten Teiles für den Käufer dadurch eine Herabminderung erfahren kann, daß die Trennung selbst eine erhebliche Aufwendung von Geld oder

---

[1]) Vgl. Staub: a. a. O. § 378, Anm. 10, S. 1676; Düringer-Hachenburg: a. a. O. II, § 378, S. 300ff.; Makower: § 378, II, S. 1229; Garcis-Fuchsberger: Das allgem. Deutsche H.G.B. S. 724, 734, Anm. 110.

[2]) Vgl. Makower: a. a. O. I, 2, § 377, IV c 4.

Arbeitskraft erfordert[1]), denn diese kann dem Käufer billigerweise nicht zugemutet werden. Die Wertminderung kann auch dadurch herbeigeführt werden, daß die Absonderung nicht ohne Beseitigung der Verpackung möglich ist, hiedurch aber die Ware inbezug auf die im Verkehr geforderten äußeren Eigenschaften[2]) vermindert würde. Auch kann die zur Ausscheidung der zuvielgesendeten Ware erforderliche Bearbeitung den Wert herabsetzen[3]). Unter diesen Voraussetzungen ist der Käufer zur Verweigerung der Annahme der Leistung berechtigt. Hierzu können ihm auch bereits die Angaben in der Faktura die nötige Grundlage geben.

Die Sachlage ändert sich, sobald der zweite Halbsatz des § 378 H.G.B. zur Anwendung gelangt. Wenn die Ware offensichtlich von der Bestellung so erheblich abweicht, daß der Verkäufer die Genehmigung als ausgeschlossen betrachten mußte, entfällt die oben angeführte Pflicht zur Mängelrüge. Das Recht des Käufers, wegen Unteilbarbeit der Ware durch die bestellte Ware zurückzuweisen, bleibt unter denselben Voraussetzungen wie oben bestehen. Ist die Sendung unteilbar, so kann der Käufer nur entweder ganz annehmen oder ganz ablehnen. Bei teilbarer Leistung ist der Käufer verpflichtet, die bestellte Ware anzunehmen; hinsichtlich der unbestellten Ware hat er jedoch freie Wahl zwischen Annahme und Ablehnung. Dieselbe Urkunde hat dann rücksichtlich eines bezüg-

---

[1]) R.O.H.G. XVIII, S. 242; R.G. 23, S. 128; v. 29. XII. 1885 in Bolze 2, N. 980, S. 241; v. 14. I./1. II. 1885 in Bolze 5, N. 662, S. 241; v. 9. I. 1889 in Bolze 7, N. 576, S. 214.

[2]) R.G. 47, S. 144.

[3]) R.G. v. 29. I. 1891 in Bolze 13, N. 429, S. 228.

lich der bestellten Ware geltend gemachten Anspruchs die Bedeutung einer mit bestellter Ware zugesendeten Faktura; wegen eines bezüglich der unbestellten Ware erhobenen Anspruchs aber die Stellung eines Offertschreibens. Die Konsequenzen aus diesem auch von Hanausek[1]) vertretenen Satzes sind jedoch nur mit großer Vorsichtzu ziehen. Hanausek führt dann weiter aus[2]): „Hat aber der Fakturenempfänger bezüglich der unbestellten Ware, eine Handlung gesetzt, die als stillschweigende Annahme des bezüglich dieser Ware an ihn gerichteten Offerts gedeutet werden muß (hat er sie also z. B. in Gebrauch genommen), so ist damit der gesamte Faktureninhalt nicht nur bezüglich der unbestellten Ware, sondern im Zweifel auch für die bestellte Ware als lex contractus anerkannt worden. Der Fakturenempfänger müßte bei dieser Sachlage dartun, daß er einen später bestrittenen Fakturavermerk bezüglich der bestellten Ware ausdrücklich abgelehnt habe. Hat der Fakturenempfänger das bezüglich der unbestellten Ware ergangene Offert unbeschränkt ausdrücklich angenommen, so wäre es seine Sache gewesen, gleichzeitig in demselben Briefe einen ihm bezüglich der bestellten Ware nicht genehmen Fakturavermerk ausdrücklich abzulehnen; eine unbeschränkte ausdrückliche Annahme des bezüglich der unbestellten Ware gestellten Offerts ist also, insoferne es an einer gleichzeitigen abweichenden Erklärung fehlt, auch bezüglich der bestellten Ware als stillschweigende Anerkennung der in der Faktura für die unbestellte Ware enthaltenen lex contractus zu deuten."

[1]) Hanausek: a. a. O. S. 149.

[2]) Hanausek: a. a. O. S. 150.

Wenn nun auch Hanausek nicht durchweg von den gleichen Grundlagen ausgeht[1]), so stimmt er doch mit den für die Fakturaklauseln bei bestellter Ware oben entwickelten Ansichten insofern überein, als er den Vermerken jede Bedeutung abspricht, welche die Reklamationsfrist für den Käufer einschränken sollen[2]). Auch dieser Vermerk ist nach seiner Ansicht für die bestellte Ware giltig, wenn der Käufer die Offerte über die unbestellt zugesendete Ware angenommen hat[3]). Es erscheint aber meines Erachtens verfehlt, daß in einem solchen Falle der bereits festgestellte Vertragsinhalt durch ein später darzutretendes Ereignis, das an und für sich den geschlossenen Vertrag nicht selbst berührt, in seinen wesentlichen Punkten geändert werden könne. Auch rechtspolitisch läßt sich ein derartiger Schluß nicht rechtfertigen. Der Käufer kann unmöglich deswegen rechtlich schlechter gestellt werden, weil er dem Verkäufer ein nicht gering anzuschlagendes Entgegenkommen entgegenbringt. Denn mag für ihn auch der weitere Kauf günstig sein, jedenfalls erspart er dem Verkäufer weitere Unkosten. Nach meiner Ansicht ist vielmehr hier zu scheiden: Ist die mehrgelieferte Ware von der gleichen Art und

[1]) Um die in Österreich herrschende Fakturenpraxis zu rechtfertigen, verwirft Hanausek (S. 33) das von Ehrlich a. a. O. S. 284 und von Gareis (in Endemanns Handbuch II, S. 690, Note 75, S. 710, Note 55) behauptete Gewohnheitsrecht und sucht die Wirksamkeit von einzelnen Fakturenvermerken darauf zu stützen, daß Treu und Glauben den Käufer zu einer eingehenden Prüfung der Faktura, eventuell zu einer Rüge verpflichtet. Die Verletzung dieser Pflicht habe eine Verschiebung der Beweislast zur Eolge, die in ihrer Wirkung der faktischen Genehmigung fast gleichzustellen sei.

[2]) Hanausek: a. a. O. S. 69.

[3]) Hanausek: a. a. O. S. 151, Anm. 18.

Qualität wie die bestellte, so ist in der Mehrsendung lediglich ein Antrag auf nachträgliche Abänderung des ursprünglichen Vertrages zu erblicken, ein Antrag, der sich hier auf die Menge der Ware bezieht. Nimmt der Käufer diesen Antrag an, so wird dadurch der ursprüngliche Vertrag lediglich in seiner Bestimmung über die Menge der zu liefernden Ware erweitert. Die vom ursprünglichen Vertrage abweichenden Fakturavermerke werden durch die Anahme des sich auf die Quantität beziehenden Vermerkes nicht Inhalt des ursprünglichen Vertrages; vielmehr gelten für ihre Behandlung die oben ausgeführten Grundsätze. Dafür, daß in einem solchen Falle nur ein Vertragsinhalt gelten solle, läßt sich auch der Analogieschluß nach § 378 H.G.B. heranziehen. Es ist aber kein Grund einzusehen, weshalb hier der ursprüngliche Vertrag in seinen sonstigen Modalitäten neuen Bestimmungen weichen soll.

Anders ist die Sachlage, wenn die mehrgelieferte Ware von ganz anderer Art und Qualität als die bestellte und tatsächlich auch gelieferte Ware ist. Hier ist es m. E. nicht am Platze, mit Hanausek die Einheit des Vertrages aufrecht halten zu wollen. Vielmehr dürfte hier der Antrag zu einem neuen Vertrage vorliegen, bei dessen Annahme die Fakturavermerke Inhalt des geschlossenen Vertrages werden.

Hiermit sind wir am Schlusse unserer Ausführungen angelangt. Daß das Reichsoberhandelsgericht mit der Unterdrückung der spezifischen Fakturenpraxis auf dem richtigen Wege war, dafür sprechen auch die Stimmen des Auslandes[1]). Bei der Ab-

[1]) Vgl. Ehrlich: a. a. O. S. 285 und Sraffa: a. a. O. S. 34.

fassung der österreichischen Jurisdiktionsnorm fehlte es nicht an heftiger Gegnerschaft gegen den § 88[1]). Ebenso sei nochmals auf die Bemühungen Sraffas hingewiesen, welcher der Faktura ihre Konstitutivfunktion abspricht[2]).

Bei unseren Untersuchungen fanden wir überall den Satz bestätigt: die Faktura ist eine besondere Art kaufmännischer Korrespondenz; nirgends hat ihr Inhalt eine andere Bedeutung, aus dem Grunde, weil er in einer Faktura niedergelegt ist.

---

[1]) Vgl. auch Jurisdiktionsnorm, Zivilprozeßordnung und Advokatenordnung in Haller S. 115, Anm. 2.

[2]) Vgl. Sraffa: a. a. O. S. 37.